

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 8 DE VALENCIA

Procedimiento Ordinario [ORD] - 000454/2021

Tipo de Expediente Restantes (Arts. 8.3, 4 y 5)

Demandante: SINDICATO DE TRABAJADORAS Y TRABAJADORES DE LA ADMINISTRACIÓN Y SERVICIOS PÚBLICOS INTERSINDICAL VALENCIANA (STAS-IV)

Representación: JUAN FRANCISCO FERNANDEZ REINA

Demandada: DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE VALENCIA, DIVALTERRA, SOCIEDAD ANONIMA y CONSORCIO PROVINCIAL DE BOMBEROS DE VALENCIA

Representación: AQUILINO CERDAN PEREZ

Materia: Función Pública

Contra: Resolución del Pleno de la Diputación Provincial de Valencia de 30 de julio de 2021

SENTENCIA nº 1/23

En la Ciudad de Valencia, a nueve de enero de dos mil veintitrés.-

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Pablo de la Rubia Comos, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de Valencia, los presentes autos instados por el SINDICATO DE TRABAJADORAS Y TRABAJADORES DE LA ADMINISTRACIÓN Y SERVICIOS PÚBLICOS-INTERINDICAL VALENCIANA (STAS-IV), representado por el Sr. Procurador de los Tribunales D. Juan Francisco Fernández Reina y asistido por el Sr. Letrado D. Conrado Moreno Bardisa, contra la Resolución del Pleno de la Excm. Diputación Provincial de Valencia de 30 de julio de 2021, aprobando la propuesta de la Comisión Informativa para la Transformación del Sector Público de la Diputación y desestimando el recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo Plenario de 4 de junio de 2021 por el que se acordaba la asunción de las funciones de titularidad provincial asignadas a Divalterra SA para su gestión directa, así como la integración del personal de dicha empresa pública en la Diputación Provincial y en el Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia, comparecida la Administración demandada representada y asistida por la Letrada de la Diputación Provincial de Valencia, comparecida como codemandada DIVALTERRA representada por el Sr. Procurador de los Tribunales D. Juli Just Vilaplana y asistida por el Sr. Letrado D. Raúl Peñalver Cabañero, así como el Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia, representado y asistido por el Sr. Letrado Responsable de la Asesoría Jurídica, con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora presentó escrito manifestando que procedía a interponer recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Pleno de la Excm. Diputación Provincial de Valencia de 30 de julio de 2021, aprobando la propuesta de la Comisión Informativa para la Transformación del Sector Público de la Diputación y desestimando el recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo Plenario de 4

de junio de 2021 por el que se acordaba la asunción de las funciones de titularidad provincial asignadas a Divalterra SA para su gestión directa, así como la integración del personal de dicha empresa pública en la Diputación Provincial y en el Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso contencioso administrativo interpuesto, la demanda se interpuso mediante escrito fechado el 21 de febrero de 2021 y la contestación a la demanda de la Diputación mediante escrito fechado el 29 de marzo de 2022.

La contestación a la demanda de Divalterra S.L se firmó el 12 de mayo de 2022.

Practicada la prueba propuesta y admitida, y formuladas las conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante alega no es conforme a derecho la decisión de subrogarse por parte de la Diputación Provincial de Valencia en las relaciones laborales indefinidas o temporales que tiene suscritas Divalterra SA con sus trabajadores, por ser contraria a los principios legales de acceso a la función pública.

No estamos ante un supuesto de sucesión empresarial del artículo 44 del ET, sino ante un supuesto de reversión de medios, que ya pertenecían a la Diputación Provincial de Valencia.

Ni siquiera estamos ante una reversión del servicio público, ya que su gestión nunca ha estado encomendada a un tercero, sino que es la propia Diputación la que ha prestado siempre el servicio a través de una de las formas de gestión directa, mediante empresa pública constituida al efecto, que permite el artículo 85 del LRBRL desarrollada en los artículos 89 a 94 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales.

Estamos ante una reversión de medios que ya eran titularidad de la Diputación, o si se prefiere ante una reorganización administrativa en la que el servicio pasa de prestarse por una empresa pública totalmente provincial, a prestarse directamente por la administración provincial sin cambio siquiera en la gestión del servicio que continúa siendo directa.

Y dicha reversión o reorganización se efectúa mediante la extinción la empresa pública y la asunción de actividades que correspondía ya en origen a la Diputación pero hasta la fecha encomendadas a la sociedad, íntegramente provincial, como se desprende tanto de la constitución de la misma (documento 1), como del artículo 36 de sus actuales estatutos (documento 3) reproducido en el ordinal tercero de la demanda y que define la empresa citada como medio propio e instrumental y servicio técnico de la Propia Diputación Provincial de Valencia.

De facto, el presupuesto de la citada mercantil incluidas las partidas correspondientes a los gastos de personal, se encuentran incluido en el presupuesto de la referida Administración Provincial como consta en el último presupuesto publicado en el BOP (documento número 4 de la demanda).

Además la sociedad no realizaba, ni ha realizado nunca, una actividad comercial en el mercado en atención a criterios de rentabilidad y competencia para obtener beneficios, por lo que carecía de autonomía financiera, atendiendo únicamente a los servicios y actividades que fueron fijados inicialmente por la Diputación y a aquellos otros que a través de la figura de las encomiendas se le asignaban por la administración demandada que incluso disponía los fondos necesarios con cargo a su presupuesto general para la ejecución de dichos programas, servicios y/o actividades.

Entiende que es presupuesto necesario para que tenga lugar la sucesión de empresas, la existencia de un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, lo que aquí no se da en los términos expuestos, no pudiendo afirmar como se pretende de contrario que estamos ante un supuesto de sucesión que haga surgir la obligación de subrogarse en los contratos laborales, otorgando lo que entendemos es un trato de favor a los empleados de la mercantil pública que vulnera los más elementales principios de acceso al empleo público consagrados en el artículo 23.2 de la CE.

El capital de la sociedad es íntegramente público, y absolutamente todos sus medios, ya sean materiales, edificios, elementos de producción, aplicaciones informáticas, y personal son sufragados por la Diputación provincial de Valencia con cargo a sus presupuestos.

En contra de lo que señalan los informes emitidos, no estamos ante un supuesto en el que debe considerarse que existe un nuevo empresario. El empresario siempre ha sido la Diputación de Valencia, quien ha dotado de los medios económicos y materiales para la prestación de los servicios que se ejecutan a través de las encomiendas de gestión a DIVALTERRA SA, que como ya se ha expuesto era un medio propio de la Diputación según el artículo 36 de sus estatutos.

Añade que la subrogación de este personal laboral de IMELSA, actualmente DIVALTERRA SA, tampoco está expresamente previsto ni en los estatutos de la sociedad ni en el convenio colectivo publicado en el BOP número 151 de fecha 7 de agosto de 2015.

Sobre la consideración del personal laboral de Divalterra como “personal laboral no empleado público”.

Alega que la norma en la que pretende ampararse esta previsión del Acuerdo de 4 de junio de 2021 impugnado, como es la DA Vigésimo Sexta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, fue declarada inconstitucional por la Sentencia del Pleno del TC número 122/2018, de 31 de octubre de 2018 (Recurso de Inconstitucionalidad 4710-2017), sin que con posterioridad el Estado español, en el ejercicio de sus competencias exclusivas,

haya dictado ninguna norma con posterioridad que de cabida en nuestro ordenamiento jurídico a la figura del personal laboral “no empleado público”.

Dado que los servicios y actividades de DIVALTERRA SA, revierten ahora en la Diputación y el Consorcio, es evidente que este personal que a partir de ahora va a ser retribuido por la Administración, aunque se quiera enmascarar con la dicción de “no empleado público” entra dentro del más elemental concepto de empleado público configurado en el artículo 8.1 del TREPEP.

Por lo tanto, aun admitiendo que nos encontremos ante un supuesto de sucesión de empresas con obligación de subrogación ex artículo 44 del ET, la integración y prestación de servicios por parte de este personal solo podrá realizarse bajo cualquiera de las figuras previstas en el TREBEP, que nada dice sobre el personal laboral no empleado público.

Por lo tanto, tratándose de personal laboral pagado por la Administración y que desempeña funciones propias de los servicios o actividades de la misma, debe integrarse irremediabilmente en alguna de las categorías de personal señaladas en el TREBEP mediante la superación de los correspondientes procesos selectivos, no siendo posible que se trate de personal a extinguir al final de su vida laboral como señala el apartado b) del acuerdo Sexto de la resolución del pleno de 4 de junio de 2021.

Y ello por cuanto esto supone privilegiar a este núcleo de trabajadores contratados directamente por Divalterra, que al final van a estar prestando servicios para la Administración con cargo a su presupuesto hasta la edad de jubilación, con vulneración de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad consagrados en el artículo 55 del TREBEP y el 23.2 de la CE, y frente al resto de ciudadanos que van a ver cercenadas sus posibilidades de acceso a estos empleos en el sector público e incluso frente al personal laboral y funcionario interino de la propia Diputación a quienes pese a haber superado procesos selectivos para bolsas de trabajo o parte de los procesos de acceso para pertenecer a las mismas, se les viene exigiendo para acceder al empleo público la superación de procesos selectivos ya que la figura del “interino no empleado público” aun en supuestos de abuso en la contratación temporal, no existe.

Respecto a la integración como personal empleado público del personal que superó un proceso selectivo.

El acuerdo prevé la integración del personal laboral de Divalterra SA en el empleo público mediante la participación en procedimientos de provisión de puestos o de movilidad, cuando previamente hubieran superado un proceso selectivo para ser personal laboral de la empresa, exigiendo únicamente para ello que dicho procesos se haya publicado en un Diario Oficial o en la web de la empresa o de la Diputación.

La anterior previsión conculca los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Si se admitiera que se trata de personal no empleado público, no puede participar en los procesos de provisión, promoción interna o movilidad del personal funcionario o

del personal laboral, ya que estos procedimientos únicamente están previstos en la legislación estatal y autonómica sobre función pública para los empleados públicos, laborales y funcionarios.

Por tanto, la carrera profesional de los mismos únicamente se podrá desarrollar como laborales no empleados públicos en los puestos destinados a este personal de resultar posible esta situación lo que ya ha negado anteriormente.

Lo más llamativo de la actuación de la Administración demandada es la forma en que se prevé la integración de este personal, por un procedimiento de movilidad o provisión.

Si realmente este personal al que se pretende facilitar hasta el extremo la integración en el empleo público, hubiese superado un procedimiento selectivo al uso, equiparable al del personal laboral o funcionario de la Diputación y el Consorcio, con una publicidad adecuada y con pruebas selectivas que se ajustaran a los contenidos que se exigen a cualquier empleado público, se habría previsto su integración directa y no esta suerte de funcionarización o laboralización a medida para un núcleo concreto de trabajadores.

Y es que los procedimientos selectivos en el ámbito de la mercantil extinta, se vienen desarrollando aproximadamente desde el año 2015, si bien absolutamente ninguno de ellos se ajustan a las necesidades de publicidad, temarios, etc que se exigen al personal laboral para el acceso al empleo público de forma fija.

Por otro lado, estos procedimientos de movilidad o provisión están restringidos únicamente para aquellos que ya son empleados públicos, ya que se trata de procedimientos de provisión y no de acceso, sin que se de la posibilidad al resto de ciudadanos que tampoco tienen la condición de empleados públicos de adquirir tal condición por esta vía lo que conculca el artículo 14 y 23.2 de la constitución.

Por su parte el concurso como sistema de acceso se configura como un sistema excepcional en base a la naturaleza de las plazas y no a las condiciones de las personas como aquí sucede.

Y aun cuando el concurso fuera el sistema adecuado para el acceso, conforme al artículo 61.1 del TREBEP, este tendría que ser abierto a todos los ciudadanos no pudiéndose restringir únicamente a aquellos trabajadores que provienen de Divalterra con la excusa de una pretendida promoción profesional totalmente ajena al empleo público y aprovechando procedimientos en los que únicamente pueden participar empleados públicos.

Además, los procesos selectivos celebrados por IMELSA y su sucesora DIVALTERRA SA, no pueden ser tenidos en cuenta ni convalidados a efectos de acceder al empleo público como pretende la Diputación.

El artículo 6 del RD 896/91 por el que se establecen reglas básicas y programas mínimos a que deben ajustarse los procesos de selección de los funcionarios de la Administración Local, aplicable también al personal laboral, las bases de la convocatoria se deben publicar en el BOP, en el DOCV y en su caso en otros diarios

oficiales o en el periódico oficial de la corporación convocante. Igualmente se tiene que publicar en el BOE, con el contenido que exige el artículo.

Por lo tanto, en contra de lo que dispone la resolución recurrida, para que se entienda cumplido el principio de publicidad que rige todo proceso selectivo, no es suficiente con que la convocatoria se haya publicado en la página web de la Diputación, ni siquiera en un diario o periódico, lo cual no es sino una publicidad limitada que no permite entender cumplido dicho principio.

Por su parte el artículo 8 del citado RD 896/91, al configurar los ejercicios teóricos para el acceso al empleo público determina un contenido mínimo con una serie de materias comunes que deben exigirse para el acceso al empleo público, así como un mínimo de temas entre materias comunes y específicas en función de las distintas subescalas que se convoquen.

Según los datos de los que dispone a partir del año 2016, en muchas de estas convocatorias no se ha exigido a las personas que las superaron contenidos relacionados con las materias comunes que imperativamente configuran el acceso los programas para el acceso al empleo, de forma que en su acceso a un empleo en la empresa pública, en modo alguno pueden entenderse cumplidos los principios de igualdad, mérito y capacidad, que permitieran de ser posible, la transformación de este personal en empleado público y menos mediante procedimientos de provisión y movilidad.

Y en cualquier caso, cuando se han exigido materias comunes de las que señala el artículo 8 del RD 896/91, las mismas se han configurado de manera parcial.

Algunos procesos selectivos constaban de una fase de valoración de méritos a la que solo accedían un limitado número de aspirantes de los que hubieran superado los ejercicios teóricos.

Y finalmente, en no pocas ocasiones, se configuraban como fase decisiva para la contratación, hasta 2 entrevistas personales que además suponían hasta el 30% de la calificación final, lo que da cuenta del amplio margen de que ha hecho uso la empresa pública para la selección de su personal.

La Administración demandada sostiene que estamos ante un supuesto de sucesión empresarial, pues se ha producido la asunción de las unidades de actividad con autonomía funcional y servicios de Divalterra SA, con la consecuencia directa para la Administración del mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresa o centros de actividad, de conformidad con los requisitos exigidos por el artículo 44 del ET.

La subrogación supone para el trabajador fijo de plantilla de Divalterra la condición de trabajador fijo de plantilla de la Administración por sucesión de empresa y no comporta la adquisición de la condición de empleado público, pues antes de la subrogación no tenía tal condición.

La novación subjetiva ex artículo 44 TRET no conlleva una novación objetiva.

Además, los activos y bienes afectos a la actividad de Divalterra SA, son bienes de la misma por tener la personalidad jurídica independiente a la Diputación Provincial y Consorcio de Bomberos, por lo que el hecho de que los medios materiales o infraestructuras pertenecieran a la administración a priori y se hubieran entregado a la mercantil para llevar a cabo los servicios encomendados no impide, per se, que no pueda apreciarse una sucesión de empresa encuadrable en el ámbito de aplicación de la Directiva Europea, de conformidad con reciente jurisprudencia y en su consecuencia resulte de aplicación el artículo 44 del ET.

También señala que a la vista de la reciente STS de 28 de enero de 2022, resultaba indubitado que la única forma de incorporarse el personal laboral de Divalterra tras la extinción de la misma, en la Diputación o en el Consorcio de Bomberos, lo es como personal subrogado laboral (fijo o temporal) no empleado público, en ningún caso como personal laboral indefinido no fijo de plantilla.

La Sentencia del TS de 28 de enero de 2022 aludida señala que al declarar que al personal subrogado en la administración se le deben respetar sus condiciones laborales, por tanto si tenía la condición de fijo en la mercantil donde prestaba sus servicios, deben mantenerse, pero ello no comporta que estemos ante un caso de acceso al empleo público, sino de la asunción de relaciones laborales ya constituidas, y es su caso, esa fijeza no está adquirida en todo el ámbito de la empleadora sino funcionalmente limitada al objeto de la transmisión.

En cuanto a la supuesta integración como personal empleado público del personal que superó un procedimiento selectivo, en una futura convocatoria, señala el recurso se refiere a un hecho futuro que no ha acontecido, señalando el Informe conjunto de los Habilitados Nacionales, de 23 de marzo de 2021, que en el supuesto de que estas convocatorias llegaran a producirse “deberá acreditarse por una comisión técnica designada por el Servicio de Personal de la Diputación la homologación de dichos procesos selectivos”.

La parte codemandada se opone a la argumentación de contrario por la que el sindicato recurrente considera que el punto Sexta del Acuerdo de Pleno de la Diputación de Valencia de 4 de junio de 2021 es contrario a derecho ya que, en su opinión, no estamos ante un supuesto de sucesión de empresas ex artículo 44 TRET sino ante una reversión de medios que ya pertenecían a la Diputación de Valencia, por lo que considera que estamos ante un supuesto de reorganización administrativa.

Alega que no estamos ante un supuesto de reorganización administrativa en los términos exigidos por la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Del artículo 1.1.c de la indicada directiva se extraen dos conclusiones: en primer lugar, que la Directiva “*será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro*”; y, en segundo lugar, que no se calificará como traspaso la “*reorganización administrativa de las autoridades públicas*”

administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas”.

A tenor de la normativa aplicable y de la jurisprudencia del TJUE se puede concluir:

a

b a) Que el cesionario de las actividades de Divalterra sea una Administración Pública (Diputación de Valencia y Consorcio Provincial de Bomberos) no excluye de la aplicación de la Directiva y, por tanto, del artículo 44 TRET.

c b) Que la decisión haya sido adoptada unilateralmente por la Administración Pública (Diputación de Valencia) no excluye la aplicación de la Directiva y, por tanto, del artículo 44 TRET.

c) Que Divalterra, S.A. no constituye una autoridad pública administrativa dado que como Sociedad mercantil pública no ejerce potestades públicas, potestades que únicamente pueden ejercer las Administraciones Públicas a través del personal habilitado al efecto, esto es, los funcionarios.

a d) Que la Directiva resulta de aplicación a Divalterra por constituir una empresa pública que ejerce una actividad económica sin ánimo de lucro o en interés público.

Por lo que respecta a que el cesionario de la subrogación sea una Administración Pública, tal y como recoge el informe emitido por el Secretario General de la Diputación de Valencia de 31 de mayo de 2021, documento 8 del expediente administrativo y folio 159 del mismo, ha sido resuelto reiteradamente por la jurisprudencia comunitaria que dicha condición de Administración Pública no excluye de la aplicación de la directiva.

Por tanto, una primera conclusión es que el hecho de que el cesionario de las funciones de Divalterra sea la Diputación de Valencia y el Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia, ambas administraciones públicas, no supone la exclusión de la aplicación de la Directiva 2001/23 y, en consecuencia, del artículo 44 TRET.

Tampoco excluye de la aplicación de la Directiva y del artículo 44 TRET que la decisión de asunción de funciones haya sido adoptada unilateralmente por la Diputación de Valencia.

Para que estemos ante un supuesto de reorganización administrativa no incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva comunitaria, como señala la parte actora, deberíamos encontrarnos ante un supuesto de traspaso de potestades públicas o de competencias administrativas, lo que no sucede en el presente supuesto. Divalterra es una sociedad mercantil de carácter público provincial que se rige por lo dispuesto en el artículo 85 ter LBRL.

La regulación de la Sociedad mercantil local no incluye el ejercicio de potestades públicas.

Ello contrasta con la regulación de la entidad pública empresarial local que expresamente regula en el artículo 85.2. bis.2.c) que *“En el caso de las entidades públicas empresariales, los estatutos también determinarán los órganos a los que se confiera el ejercicio de las potestades administrativas”*.

Por tanto, Divalterra, S.A., como sociedad pública, no ejercer potestades públicas o, dicho en otros términos, competencias de poder público, por lo que la asunción de funciones y de las unidades de actividad de Divalterra por parte de la Diputación de Valencia y el Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia no supone un supuesto de reorganización administrativa o reversión de medios sino una sucesión de empresas en los términos del artículo 44 TRET.

La imposibilidad de realizar potestades públicas por parte de las sociedades públicas se encuentra igualmente reguladas en la normativa estatal -artículo 113 de la Ley 40/2015- y autonómica -artículo 156.2 de la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de la Generalitat, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones.

El propio artículo 36 de los Estatutos Sociales determina igualmente que la sociedad no puede ejercer potestades administrativas.

Por todo ello, el punto sexto del Acuerdo de Pleno de 4 de junio de 2021 es ajustado a derecho por no constituir un supuesto de reversión de medios o reorganización administrativa al no suponer un supuesto de traspaso de competencias que supongan el ejercicio de poder público entre Administraciones Públicas, debiendo ser desestimada la demanda.

Señala que debe desestimarse la demanda al existir una obligación legal de subrogación de las relaciones laborales de los trabajadores de Divalterra por el cambio en la titularidad de las unidades productivas de Divalterra a la Diputación de Valencia (apartado cuarto del Acuerdo de Pleno de 4 de junio de 2021) y el Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia (apartado tercero del Acuerdo de Pleno de 4 de junio de 2021), de conformidad con lo regulado en el apartado 2 de la Disposición Adicional Primera de la LME, resultando igualmente de aplicación analógica la disposición adicional tercera, apartado 3, de la Ley 3/2013, de 21 de mayo, de la Generalitat, remarcando que la transmisión de estas unidades productivas es aceptada, siendo consentida y firme de contrario.

De conformidad con los documentos 3, 4, 5, 6 y 7 de escrito de contestación a la demanda de la Diputación de Valencia, queda acreditado que con la subrogación de las unidades de actividad de Divalterra a la Diputación de Valencia y el Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia se produce un traspaso de un conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica. Por tanto, el Acuerdo de Pleno de 4 de junio de 2021 es ajustado a derecho ya que cumple con los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 44 ET, pues no hay duda de la existencia de un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo unas actividades que determina que estemos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 y del artículo 44 ET.

Junto con la asunción de los servicios por parte de la Diputación de Valencia y el Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia, acto que como se ha puesto de relieve no ha recurrido por el demandante y, por tanto, no es objeto de la presente litis, se transmiten los bienes que conformaban el activo de DIVALTERRA, S.A., (así queda acreditada en los documentos 3 a 7 del escrito de contestación a la demanda de la Diputación de Valencia). Por tanto, no hay duda de que opera el mecanismo de subrogación previsto en el artículo 44.

Como ha acreditado a lo largo del presente escrito y de los documentos a 19 a 45 del escrito de contestación a la demanda de DIVALTERRA, se produce una transmisión de los medios materiales, que son propiedad y titularidad de Divalterra. Por ello, rechaza las afirmaciones subjetivas, sin actividad probatoria alguna, realizada de contrario en su escrito de demanda de que los medios de Divalterra son propiedad y titularidad de la Diputación de Valencia. Queda probado en la litis que los medios materiales e infraestructuras pertenece a Divalterra y que con la subrogación se produce una verdadera transmisión de un conjunto de medios organizados para el ejercicio de la actividad. Y es que el demandante realizar una confusión terminológica: confunde que a los efectos del artículo 32 LCSP y el artículo 86 LRJSP Divalterra tenga la consideración de medio propio con que los medios de Divalterra sean propios de la Diputación de Valencia.

Pero, además, aun admitiendo a meros efectos dialecticos que los medios fueran de la propia Diputación de Valencia, este hecho no desvirtúa que nos encontremos ante el supuesto contemplado en el artículo 44 TRET, siendo un hecho irrefutable que con la asunción de funciones de la Diputación y la subrogación de las unidades de actividad se produce una transmisión de los medios materiales para el ejercicio de la actividad.

Rechaza la afirmación de contrario de que Divalterra no realiza una actividad económica a los efectos de la aplicación del supuesto de sucesión de empresas. Confunde el sindicato recurrente el régimen de financiación pública de la sociedad con el ejercicio de actividades económicas.

El sindicato recurrente insiste en que Divalterra constituye un medio propio de la Diputación de Valencia, llegando a identificar la condición de medio propio con la condición de un servicio interno de la Diputación de Valencia negando la personalidad jurídica de la sociedad. Rechaza también este equívoco de la parte actora.

La propia condición de medio propio de Divalterra acredita dos circunstancias:

- a
- b a) Que tiene medios suficientes e idóneos para realizar la actividad.
- c b) Que es más rentable económicamente que la contratación de ese mismo servicio a un operador económico privado que realice las mismas actividades.

La condición de medio propio es únicamente a los efectos de poder encargar directamente prestaciones propias de contratos públicos. Contratos que, por la

propia definición del artículo 2 LCSP, tiene carácter oneroso. La condición de medio propio permite que la Administración, en contratos que podía contratar a empresas privadas por un precio, lo realiza directamente a su medio propio por ser más eficiente por criterios de rentabilidad económica a cambio de una tarifa, es decir, de forma onerosa. Por tanto, los medios propios ejercen una actividad económica, sin bien en interés público, percibiendo una tarifa por la prestación de unos servicios que podían contratarse con terceros en competencia y que resulta más rentable para la Administración realizarlo directamente con el medio propio.

Por ello, el hecho de que la Diputación de Valencia abone unas tarifas a Divalterra por los encargos que realiza acredita que Divalterra ejerce actividades económicas a los efectos del artículo 44 TRET.

Incluso en los supuestos en los que se produce la transmisión de actividades entre Administraciones Públicas, el TJUE ha determinado que nos encontramos ante una actividad económica cuando no se participa en el ejercicio de potestades.

Subsidiariamente a lo anterior, en el caso de que el Juzgado considerase que el punto sexto del acuerdo de pleno de 4 de junio de 2021 no supone un supuesto de subrogación legal ex artículo 44 TRET, nos encontraríamos ante una subrogación convencional de las relaciones laborales de los trabajadores de Divalterra, S.A. de conformidad con la disposición adicional primera del Convenio Colectivo de Divalterra.

De conformidad con esta subrogación convencional, se deben respetar la totalidad de las relaciones laborales y aplicar el artículo 44 TRET. Por ello, no se trata de analizar si concurren o no las condiciones legales de subrogación, sino atenerse a la disposición del convenio colectivo.

Si bien es cierto que la jurisprudencia determina que dicha regulación convencional únicamente puede afectar a las empresas incorporadas al ámbito personal del convenio, pero nunca a empleadores no incluidos en este, en el caso de subrogación de trabajadores de empresas públicas por la entidad de la que depende la jurisprudencia ha concluido que sí les resulta de aplicación el convenio colectivo al no constituir un tercero ajeno al convenio. Y es que en el caso de Divalterra, una empresa cuya totalidad de acciones son propiedad de la Diputación de Valencia, es evidente que la Diputación es parte de este.

Finalmente, rechaza la argumentación de la parte contraria en el que manifiesta que la aplicación del artículo 44 TRET es contrario a derecho por vulnerar los principios de acceso a la función pública.

La Diputación se subroga en los derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo del personal de Divalterra sin que adquieran la condición de empleados públicos por lo que no se produce de modo alguno vulneración de los principios de acceso a la función pública ya que estas personas no acceden a la función pública.

La subrogación acordada por la Diputación de Valencia, en la condición de trabajador laboral subrogado sin adquirir la condición de empleado público de la Diputación de Valencia resulta posible la conciliación de ambos derechos, el de los

trabajadores de Divalterra a mantener sus condiciones laborales y el de acceso al empleo público en condiciones de igualdad. Para acceder al empleo público los trabajadores de Divalterra que no accedieron a sus puestos de trabajo mediante procesos selectivos en régimen de pública convocatoria, tendrán que superar las correspondientes pruebas.

Entiende la parte demandante que los trabajadores subrogados deben integrarse en algunas de las categorías del TREBEP, sin que la figura del personal laboral no sujeto al TREBEP tenga cabida en las relaciones que una Administración debe imperativamente mantener con el personal que presta servicio público con cargo a sus presupuestos. Este motivo de argumentación se basa en la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de marzo de 2018.

Se opone a la pretensión de la parte actora dado que la tesis mantenida ha sido superada por la reciente doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En aplicación de la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Sala Octava, de 13 de junio de 2019, C-317/18, asunto Correia Moreia, lo que realiza el Acuerdo de Pleno de 4 de junio de 2021 es conciliar de un lado el respeto a las relaciones laborales en que se subroga la Administración (a la vista del artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), y de otro lado los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad para el acceso al empleo público, así como el resto de principios que emanan tanto del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), como del resto de fuentes normativas aplicables a la función pública local.

Como señala la Diputación de Valencia en su escrito de contestación a la demanda, la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo ha dictaminado de forma indubitada que la única forma de incorporarse el personal laboral de Divalterra tras la extinción de esta, en la Diputación o en el Consorcio de Bomberos, lo es como personal subrogado laboral (fijo o temporal) no empleado público. Así se ha manifestado la Sala de lo Social en la Sentencias en unificación de doctrina nº 85/2022, de 28 de enero (ROJ STS 270/2022), STS nº 88/2022, de 31 de enero (ROJ STS 446/2022), STS nº 89/2022, de 1 de febrero (ROJ STS 428/2022), y STS nº 95/2022, de 2 de febrero (ROJ STS 611/2022).

Igualmente, la subrogación del personal laboral en la misma condición que ostentaba en el ente de origen ha sido legislada recientemente por parte de la Generalitat Valenciana mediante la modificación de la disposición adicional tercera, punto 3, de la Ley 1/2013, de 21 de mayo, de la Generalitat, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat, por el Decreto-ley 1/2022, de 22 de abril.

Los trabajadores de Divalterra que han accedido mediante proceso de selección en los términos del Acuerdo de Pleno sí pueden asimilarse a los empleados públicos en los procesos de provisión de puestos de la Diputación de Valencia y el Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia y, por tanto, podían integrarse en el empleo

público de la Diputación tras estos proceso de provisión, por lo que apartado c) del punto Sexto del Acuerdo de Pleno que permite a estos trabajadores participar en estos procesos de provisión de puestos de la Diputación es ajustado a derecho.

Asimismo, la consideración de una relación laboral de carácter indefinido y fijo como empleado público de los trabajadores de las sociedades mercantiles públicas se encuentra reconocida anualmente en la normativa presupuestaria a los efectos del cómputo de la tasa de reposición.

Pretende el demandante que el Juzgado juzgue si los procesos de selección celebrados en Divalterra son equiparables a los de los empleados público y ello porque considera la parte actora que estos procesos deben cumplir las directrices del RD 896/91.

Se opone a esta pretensión de contrario dado que no es cierto que para adquirir la condición de empleado público deba seguirse las determinaciones del RD 896/91.

A Divalterra, le resulta de aplicación en sus procesos de selección la Disposición Adicional Primera en relación con el artículo 55.2. TREBEP.

El Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia se opone a la demanda interpuesta, remitiéndose a las alegaciones de la Diputación de Valencia y de la entidad codemandada.

SEGUNDO.- Se considera acreditada la sucesión empresarial alegada por las demandadas.

El Acuerdo de Pleno de 4 de julio de 2021 de la Diputación de Valencia adoptó los siguientes acuerdos.

1. La asunción por la Diputación de Valencia de las funciones de Divalterra.
2. Solicitar la Junta General de la sociedad la disolución de la sociedad, así como su liquidación.
3. La transmisión de los bienes, derechos y obligaciones, así como del personal de las unidades de Turismo, Desarrollo Local, Información Territorial, Comunicación, Asesoramiento Jurídico y Registro de Documentos.
4. La asunción por el Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia de los bienes, derechos y obligaciones, así como del personal de las unidades de Brigadas Forestales, Informática, Recursos Humanos, Económico-Financiero y Contratación.
5. La subrogación por la Diputación de Valencia y por el Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia en los convenios de colaboración, contratos y otros acuerdos suscritos por Divalterra, asumiendo las obligaciones económicas derivadas de los mismos.
6. La subrogación en los contratos de los trabajadores de Divalterra.

7. La continuación de las bolsas de sustitución de necesidades temporales de Divalterra hasta la aprobación de nuevas bolsas.

8. La continuación de los procesos de selección de Divalterra en tramitación.

Como señala la parte codemandada, el único punto de los acuerdos recurridos por el demandante es el punto 6 del Acuerdo de Pleno de 4 de julio de 2021 (la subrogación de los contratos de los trabajadores). Así queda reflejado en el suplico de su escrito de demanda al disponer que “...declarando contrario a derecho y dejando sin efecto el acuerdo Sexto de esta resolución (el Acuerdo plenario de 4 de junio de 2021) relativo a la subrogación en los contratos de personal de Divalterra, S.A., y todo ello con expresa condena en costas”.

El ordinal sexto del Acuerdo Plenario de fecha 4 de junio de 2021 acuerda:

“Sexto: Subrogación en los contratos del personal de Divalterra, S.A.

a) Con la sucesión de Divalterra, S.A por la Diputación de Valencia y la transmisión de las unidades funcionales de Divalterra SA a la Diputación y al Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia, en los términos de los apartados Tercero y Cuarto, se producirá la subrogación de la Diputación y el Consorcio, en calidad de empleador, en los contratos laborales del personal de la Empresa Pública Divalterra, S.A, con todos los derechos y obligaciones laborales y sociales inherentes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

b) El personal laboral de la Empresa Pública Divalterra, S.A, desempeñará sus tareas en la Diputación y en el Concorcio como personal laboral indefinido o temporal (según los contratos) en plazas “a extinguir” en el Grupo de clasificación profesional correspondiente hasta el final de su vida laboral o su cese por las causas de extinción de los contratos laborales previstas en el Estatuto de los Trabajadores.

Tendrán la consideración de personal laboral no empleado público de la Diputación de Valencia o del Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia. Tendrán las mismas condiciones laborales y retributivas que tenían en Divalterra, S.A, así como las dimanantes, en su caso, del Convenio Colectivo de trabajo de la empresa Impulso Económico Local, S.A (IMELSA). Las condiciones laborales contenidas en dicho Convenio permanecerán subsistentes en tanto se aprueba un nuevo convenio aplicable al mismo.

Lo previsto en el párrafo anterior será también de aplicación al personal laboral en los casos de suspensión con reserva de puesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48, en relación con el artículo 45.1, del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

c) Aquellos trabajadores que hubieran accedido a la empresa mediante procedimientos de selección equiparables a los de los empleados públicos, podrán continuar se carrera profesional y participar en los concursos de provisión de puestos y demás sistemas de movilidad establecidos legalmente si cumplen los requisitos de la convocatoria.

Se considerarán procedimientos de selección equiparables a los de los empleados públicos los procedimientos de selección convocados por la sociedad mercantil de la Diputación de

Valencia, con publicidad en un diario oficial, en la página web de la Diputación de Valencia o en el portal de empleo de Divalterra SA, en los que se garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como los demás establecidos en el artículo 55 del TREBEP:

- a) Publicidad de las convocatorias y sus bases.
- b) Transparencia.
- c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.
- d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.
- e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.

Si obtienen el puesto se integrarán el empleo público de la Diputación o del Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia.

A los efectos anteriores, cuando un trabajador subrogado procedente de Divalterra SA manifieste estar interesado en participar en un procedimiento de movilidad para personal laboral empleado público y cumpla los requisitos de la convocatoria, se comprobará en su expediente si el trabajador accedió a la empresa mediante un proceso selectivo de acceso que hubiera cumplido las determinaciones propias del Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, o legislación equivalente vigente en el momento de su acceso.

d) Aquellos trabajadores que no hubieran accedido a la empresa mediante procedimientos de selección equiparables a los de los empleados públicos no podrán participar en los procedimientos de promoción interna o de movilidad dentro del empleo público. No obstante, este personal podrá ejercitar este derecho de promoción profesional horizontal y vertical o de movilidad circunscrito exclusivamente al centro de actividad que es objeto de la sucesión de empresa y dentro de las plazas ya existentes de personal laboral no empleado público.

Las plazas ocupadas por estos trabajadores formarán parte de la plantilla permanente de la correspondiente Administración Pública y cuando queden vacantes por cualquiera de las causas previstas en la legislación, deberán ser amortizadas o extinguidas salvo que, conforme al Convenio colectivo vigente, proceda ofertarlas al resto de trabajadores laborales no empleados públicos para su promoción.

Las vacantes existentes actualmente en el catálogo de puestos de Divalterra S.A y que estén dotadas presupuestariamente, serán objeto de transmisión con la unidad funcional si está incluida entre las del apartado Cuarto del presente acuerdo. La provisión de las vacantes se efectuará por el Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia en los términos de lo dispuesto en los párrafos anteriores del presente apartado Sexto d) del acuerdo.

El acceso de este personal, en su caso, a la condición de personal funcionario o laboral empleado público de la Diputación de Valencia o del Consorcio Provincial sólo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas públicas de empleo”.

Los argumentos jurídicos invocados por la parte actora para interponer la aludida pretensión, es que estamos ante un supuesto de reorganización administrativa y no de sucesión de empresas, y, subsidiariamente, que no pueden integrarse los trabajadores de Divalterra como personal laboral no sujeto al Estatuto Básico de

Empleado Público en la Diputación de Valencia y en el Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia, al no encontrar amparo normativo alguno la aludida figura de personal laboral no sujeto al EBEP.

Como señala la parte codemandada, el artículo 1.1.c) de la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, establece:

“La presente Directiva será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva”.

Del citado artículo 1.1.c se extraen dos conclusiones: en primer lugar, que la Directiva *“será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro”*; y, en segundo lugar, que no se calificará como traspaso la *“reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas”*.

Por su parte, la STJUE de 14 de septiembre de 2000, (C-343/98), asunto Collino y Chiappero, en sus apartados 30 a 32, dispone que:

“30. Por una parte, según reiterada jurisprudencia, la Directiva es aplicable a toda transmisión de una entidad que ejerza una actividad económica, tenga o no ánimo de lucro (véase, en particular, la sentencia de 8 de junio de 1994, Comisión/Reino Unido C-382/92, Rec. p. I-2435, apartados 44 a 46).

31. En cambio, no constituye una transmisión de empresa, en el sentido de la Directiva, la reorganización de estructuras de la Administración pública o la cesión de competencias administrativas entre Administraciones públicas. En efecto, en dichos casos, la transmisión afecta a actividades propias del ejercicio del poder público (sentencia de 15 de octubre de 1996, Henke, C-298/94, Rec. p. I-4989, apartados 14 y 17)”.

O como se dice en el documento número 2 del expediente administrativo aportado:

“la cuestión esencial para saber si se aplica o no la Directiva 2001/23 el hecho de que el nuevo empresario continúe la explotación o “actividad análoga”... Para la jurisprudencia española, existirá la obligación de subrogación prevista en el art. 44 del TRET, es decir habrá sucesión de empresa, cuando se traslada la unidad productiva y se continúa con la misma actividad (STSJ de Extremadura 4/10/2007 y STSJ Andalucía de 1706/2007.

4. La transmisión de una “unidad productiva autónoma” en expresión del art. 44 del TRET ha sido interpretada por la jurisprudencia como “conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objeto

propio (STSJCE de 11707/1997, 10/12/1998, 2/12/99, y 250172001) que requieren exclusivamente que exista un vínculo entre la “entidad económica” y “el mantenimiento de la identidad” de manera que el nuevo empresario continúe efectivamente la explotación o “actividad análoga”.

Pues bien, a diferencia de lo que se sostiene por la parte actora, los documentos 3 a 7 de la contestación a la demanda de la Diputación de Valencia acreditan que se han transmitido la totalidad de los medios materiales e inmateriales con los que se ejercía la actividad por parte de Divalterra, transmitiéndole bienes inmuebles, vehículos y bienes muebles, así como la titularidad de las oficinas y bienes muebles donde se realiza parte de la actividad. Es decir, se ha producido la transmisión de un conjunto de instalaciones y medios que conforman una determinada actividad económica que mantiene su identidad tras la reasunción de estos servicios por parte de las Administraciones cesionarias. Existe un conjunto de medios organizados -que también se acredita por la documental de la parte codemandada, documentos 19 a 45-, a fin de llevar a cabo una actividad económica, que determina que estemos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 y del artículo 44 del ET.

Por otra parte, el hecho de que la sociedad, medio propio instrumental y servicio técnico de la Diputación de Valencia- esté financiada públicamente por parte de la Diputación, que los trabajos sean encargados por la Diputación a cambio de una tarifa -por resultarle más rentable económicamente que contratarlo con operador económicos privados que realizan la misma actividad económica en competencia- o que los clientes coincidan con los de la Diputación Provincial -no hay que olvidar que es una sociedad creada por la Diputación para el desarrollo de unas determinadas funciones-, no impide entender que, tal y como se ha dicho, Divalterra dispusiese de un conjunto de medios organizados a fin de llevar su actividad económica a los efectos del artículo 44 del ET.

Por lo tanto, este motivo de impugnación procede desestimarlos.

TERCERO.- Se estima conforme a derecho la decisión de la Administración demandada de integrar en la Diputación de Valencia al personal de Divalterra como personal laboral no empleado público.

Ahora bien, no obstante lo expuesto, lo que sostiene la parte actora es que aunque estemos ante una sucesión de empresas, lo que en modo alguno es admisible es que el personal laboral procedente de Divalterra se integre en la Diputación de Valencia como “personal laboral no empleado público”, basando su argumentación, esencialmente, en lo expuesto por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2, de 28 de marzo de 2018, que examina la cuestión de si a través del mecanismo de la subrogación se está soslayando la aplicación de los principios de mérito, capacidad, igualdad y publicidad en el acceso a la función pública, entendiéndose en la aludida sentencia que los trabajadores subrogados deben integrarse en algunas de las categorías del TREBEP, sin que la figura del personal laboral no sujeto al TREBEP tenga cabida en las relaciones que una Administración debe imperativamente mantener con el personal que presta servicio público con cargo a sus presupuestos.

Frente a ello, las partes demandadas alegan que la Diputación se subroga en los derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo del personal de Divalterra, sin que adquieran la condición de empleados públicos, por lo que no se produce de modo alguno vulneración de los principios de acceso a la función pública, ya que estas personas no acceden a la función pública.

Alegan que con la subrogación acordada por la Diputación de Valencia de los trabajadores de Divalterra, como trabajadores laborales subrogados sin adquirir la condición de empleado público de la Diputación de Valencia, resulta posible la conciliación de ambos derechos, el de los trabajadores de Divalterra a mantener sus condiciones laborales y el de acceso al empleo público en condiciones de igualdad. Y ello es así porque entienden que para acceder al empleo público, los trabajadores de Divalterra que no accedieron a sus puestos de trabajo mediante procesos selectivos en régimen de pública convocatoria tendrán que superar las correspondientes pruebas.

Tras el examen de la compleja situación planteada, este juzgador concluye la conformidad a derecho de la decisión adoptada en este punto por parte de la Administración, al no resultar admisible la alegación realizada por la parte actora de que los trabajadores subrogados deben integrarse en algunas de las categorías del TREBEP, pues la figura del personal laboral no sujeto al TREBEP no tiene cabida en las relaciones que una Administración debe imperativamente mantener con el personal que presta servicio público con cargo a sus presupuestos.

Así resulta de lo razonado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2, de 19 de abril de 2022, recurso número 97/2018, que conoció del recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Decreto 22/2018 de 23 de marzo, del Consell Valencià por el que se regulan los efectos de la extinción del contrato de gestión de servicio público por concesión del Departamento de Salud de la Ribera en materia de personal, y que señala:

“(...) Afirma el SI, que a pesar de la remisión al art. 44 ET, la solución implementada supone la transformación de las relaciones laborales del personal fijo de plantilla, en personal laboral a extinguir lo que supone de facto que la mera transmisión de actividad al nuevo empleador ha conllevado la sustitución de los contratos por tiempo indefinido de los trabajadores afectados por contratos temporales de interinidad o a término, obligando así a una novación contractual en perjuicio del trabajador. (art. 3.1 del Decreto).

Pues bien, analizando el alcance y contenido de la Directiva 2001/23 del Consejo de 12 de marzo de 2001, que se ocupa de la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad y, que tiene como objeto proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos, no ofrece dudas a este tribunal, de que pretende garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos con el cesionario sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por el hecho de la transmisión.

Conforme con la Directiva, el artículo 44. 1 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por la ley 12/2001, de 9 de julio, que introdujo las modificaciones recogidas en la Directiva 98/50 y traspuso la Directiva 2001/23/CEE; dispone que:

"1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente."

Por tanto, de la Directiva 2001/23 y del art. 44.1 del ET, se desprende que lo relevante es que el tipo de vínculo que resulte tras la sucesión de empresa conserve sus características esenciales, es decir sin modificaciones sustanciales, como consecuencia del cambio del empleador.

Otra cuestión que debemos destacar es que la relación del personal subrogado se limita al objeto de la reversión (Departamento de Ribera Salud), y no a todo el ámbito de la empleadora: Conselleria de Sanidad.

La solución alcanzada en la Disposición Adicional VIII, de la ley 21/2017, de 28 de diciembre de la GV, y que recoge el Decreto impugnado pasa por considerar al personal laboral (aproximadamente 1.950 empleados) que prestaba sus servicios para la empresa Ribera Salud II, como "personal laboral a extinguir".

Ya podemos adelantar que para la Sala en sintonía con la Directiva y con el art. 44 ET, más importante que la denominación del personal afectado por la subrogación, es el contenido de los derechos y deberes de este personal laboral a extinguir con su nuevo empleador la Conselleria de Sanidad.

La denominación de "personal laboral a extinguir" aparece tanto en la Disposición Adicional XXVI de la ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017, como en la ley de Medidas Fiscales de la Generalidad Valenciana para 2017 (Disposición Adicional VIII). Es cierto que la norma estatal y en lo que aquí nos ocupa, fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su sentencia 122/18, de 31 de octubre. Si bien hemos de hacer notar que la nulidad no fue declarada por el contenido material de la norma, sino por la naturaleza de la ley de presupuestos que la contenía. Sin que quepa admitir, como propugna el SI, que la anterior declaración del TC se aplique a la ley 21/2017, de 28 de diciembre de la GV, pues la norma autonómica que reguló la materia no es una ley presupuestaria.

En cualquier caso, la denominación de "personal laboral a extinguir" no ha sido creada por la administración autonómica, pues ya existen precedentes al respecto en la ley 15/2014, de 16 de diciembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (artículos 3 , 5 , 8 y 9); y en la ley 40 2015 de 1 de octubre de régimen jurídico del sector público , (artículo 87), relativo a las transformaciones de las entidades integrantes del sector público institucional y estatales.

Considerando lo que llevamos expuesto, la Sala no comparte la interpretación del SI, pues la condición de personal laboral a extinguir no es equiparable a un contrato temporal o de interinidad; ni tampoco a la figura, primero doctrinal y después legal, de personal

indefinido no fijo (PINF), pues la característica esencial de que un contrato pertenezca a la condición de PINF, temporal o de interinidad, es que la plaza desempeñada por la persona contratada debe ser convocada a concurso-oposición público. Circunstancia que no se produce en el caso que nos ocupa, donde el personal subrogado se va a mantener en sus contratos hasta que exista causa legal de extinción, por tanto sus contratos se extinguirán cuando concurra alguno de los supuestos previstos en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores , jubilación, incapacidad, causas disciplinarias y objetivas de despido, es decir en los mismos supuestos previstos que si no hubiera habido subrogación y continuarán siendo trabajadores de Ribera Salud II. (art. 3,4,5 y 6 del Decreto)

Tampoco estamos, en el caso analizado, por la sentencia del TJUE de 13/junio/2019, Correia Moreira, pues allí la trabajadora necesariamente se tenía que someter a un procedimiento público de selección, y su eventual integración en la función pública suponía una disminución en su salario al menos durante 10 años. Circunstancia que, como ya hemos analizado en el párrafo anterior, no se produce en este caso, pues el personal subrogado mantiene sus contratos hasta su posible extinción por las causas legales previstas en el ET, y se mantienen sus condiciones profesionales y económicas previas a la subrogación.

Igualmente, se respetan el resto de las condiciones laborales y económicas; se mantiene el contrato laboral que tenían fijo, o temporal, a tiempo completo o parcial o en la modalidad que fuese; además siguen ocupando sus plazas en las mismas condiciones funcionales que en el momento de la subrogación; también mantienen las condiciones de prestación de la relación profesional, grupo profesional y tareas, retribución ,salario base y complementos de jornada y su distribución ; mantienen su convenio colectivo de origen al menos hasta que se negocie uno nuevo que les afecte, lo que se puede hacer una vez producida ya la subrogación contractual . En realidad, el único efecto es que cuando la plaza o el puesto quede vacante, se cubrirá por personal estatuario, pero ello, reiteramos, cuando por causa legal conforme a la legislación laboral finalice la relación contractual laboral del personal subrogado.

(...)

DECIMOTERCERO.- Por último, se denuncia por el SI que el Decreto recoge una figura de empleado público que no se contempla en el art. 8 del EBEP RDL 5/2015, de 30 de octubre, por lo que se vulnera la reserva legislativa del Estado, en materia laboral.

La Sala alcanza otra comprensión del asunto.

No se trata tanto de la creación de una nueva figura de empleado público, para la que efectivamente la administración autonómica carecería de competencias, como de encontrar una solución jurídica, que resuelva la antinomia que se produce al aplicar una administración pública el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores, con los mandatos constitucionales y legales en orden a la incorporación de personal laboral indefinido al servicio de la administración pública.

En cualquier caso, como ya hemos referido en esta sentencia la condición de personal laboral a extinguir se recoge en otras normas estatales, y de facto en el caso que nos ocupa, significa la integración del personal subrogado en la unidad productiva cesionaria (Departamento de la Ribera) con respeto del marco jurídico que regía sus

relaciones laborales anteriores.

En realidad, el personal a extinguir no tiene la condición de empleado público en sentido formal, no forma parte propiamente de la plantilla de la consellería ni consolida plaza en el Departamento de Ribera Salud ; su contratación se vincula al puesto y funciones que desarrollaba con anterioridad a la subrogación y por ello no podrá concurrir a procesos, por ejemplo, de movilidad entre empleados públicos, ni tendrá formalmente la consideración como tal; eso sí, mantendrá la estabilidad en el puesto que venía ocupando pero seguirá la suerte del servicio en el que prestaba sus servicios con anterioridad .

Concurre otra circunstancia que conviene ponderar a la hora de adoptar nuestra decisión, y es que no nos encontramos en los supuestos de empleo público temporal que aspiran a consolidar su situación, que deben resolverse con otros parámetros constitucionales y legales; sin embargo en el caso analizado, se produce una subrogación de un personal que prestaba los servicios con anterioridad en la empresa cedente y que por ello se debe resolver en los términos ya vistos de respeto pleno de las condiciones previas laborales, no siendo por ello relevante la nueva denominación, sino el contenido sustancial y material de esta nueva relación”.

CUARTO.- Se estima el motivo de impugnación referido a la integración como personal empleado público, del personal de Divalterra que superó un proceso selectivo.

El apartado c) del punto sexto del Acuerdo de Pleno de 4 de junio de 2021 estipula:

“c) Aquellos trabajadores que hubieran accedido a la empresa mediante procedimientos de selección equiparables a los de los empleados públicos, podrán continuar se carrera profesional y participar en los concursos de provisión de puestos y demás sistemas de movilidad establecidos legalmente si cumplen los requisitos de la convocatoria.

Se considerarán procedimientos de selección equiparables a los de los empleados públicos los procedimientos de selección convocados por la sociedad mercantil de la Diputación de Valencia, con publicidad en un diario oficial, en la página web de la Diputación de Valencia o en el portal de empleo de Divalterra SA, en los que se garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como los demás establecidos en el artículo 55 del TREBEP:

- a) Publicidad de las convocatorias y sus bases.*
- b) Transparencia.*
- c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.*
- d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.*
- e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.*

Si obtienen el puesto se integrarán el empleo público de la Diputación o del Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia.

A los efectos anteriores, cuando un trabajador subrogado procedente de Divalterra SA manifieste estar interesado en participar en un procedimiento de movilidad para personal laboral empleado público y cumpla los requisitos de la convocatoria, se comprobará en su

expediente si el trabajador accedió a la empresa mediante un proceso selectivo de acceso que hubiera cumplido las determinaciones propias del Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, o legislación equivalente vigente en el momento de su acceso.”.

El primer motivo de oposición que las demandadas alegan es que la demanda pretende impugnar un acto futuro e incierto, pues en la actualidad no se ha producido ningún proceso de movilidad, y que en el supuesto de que estas convocatorias llegaran a producirse, previamente deberá acreditarse por una comisión técnica designada por el Servicio de Personal de la Diputación la concurrencia o no de la posible homologación de dichos procesos selectivos.

Sin embargo, aunque no se haya producido ningún proceso de movilidad, y por lo tanto, no se haya examinado la homologación de los procesos selectivos que tuvieron lugar para acceder a Divalterra, lo cierto es que como señala la parte actora, el acuerdo prevé la integración del personal laboral de Divalterra SA en el empleo público mediante la participación en procedimientos de provisión de puestos o de movilidad, cuando previamente hubieran superado un proceso selectivo para ser personal laboral de la empresa, exigiendo únicamente para ello que dicho procesos se haya publicado en un Diario Oficial o en la web de la empresa o de la Diputación, lo que al menos vulnera el principio de publicidad, y sin que tampoco quepa la integración en el empleo público pueda producirse por un procedimiento de movilidad o de provisión de puestos de trabajo.

Como se señala por la parte actora, en el ámbito de las administraciones locales, entre las que figuran las Diputaciones Provinciales (artículo 3 Ley 7/1985), debe tenerse en cuenta el RD 896/91 por el que se establecen reglas básicas y programas mínimos a que deben ajustarse los procesos de selección de los funcionarios de la Administración local, que también resultan de aplicación al personal laboral como destaca la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en Sentencia número 2401/2021 de fecha 20 de julio (recurso de suplicación 2703/2020).

Así pues, respecto de la publicidad que se debe dar con carácter obligatorio a las convocatorias de los procesos selectivos, debe tenerse en cuenta lo que señala el artículo 6 de la antecitada norma:

“1. Las bases de las pruebas selectivas, así como las correspondientes convocatorias, se publicarán en el «Boletín Oficial» de la provincia, en el «Boletín Oficial» de la Comunidad Autónoma y, en su caso, en otros diarios oficiales o en el periódico oficial de la Corporación interesada.

2. El anuncio de las convocatorias se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y deberá contener:

Denominación de la Escala, subescala y clase para cuyo ingreso se convocan las pruebas selectivas, Corporación que las convoca, clase y número de plazas, con indicación de las que se reserven, en su caso, a promoción interna, así como las que se reserven para personas con minusvalías, fecha y número del Boletín o diarios oficiales en que se han publicado las bases y la convocatoria.

El precepto nos indica que las bases de la convocatoria se deben publicar en el BOP, en el DOCV y en su caso en otros diarios oficiales o en el periódico oficial de la corporación convocante. Igualmente se tiene que publicar en el BOE, con el contenido que exige el artículo.

Por lo tanto, en contra de lo que dispone la resolución recurrida, para que se entienda cumplido el principio de publicidad que rige todo proceso selectivo, no es suficiente con que la convocatoria se haya publicado en la página web de la Diputación, ni siquiera en un diario o periódico, lo cual no es sino una publicidad limitada que no permite entender cumplido dicho principio.

La publicidad en la web de la Diputación puede ser un plus de transparencia o legalidad, pero no puede sustituir a la publicación en el BOP que en la mayoría de procesos selectivos no se ha producido.

Por otra parte, si se admite, como se ha hecho, que se trata de personal no empleado público, es evidente que no puede participar en los procesos de provisión, promoción interna o movilidad del personal funcionario o del personal laboral, ya que estos procedimientos únicamente están previstos en la legislación estatal y autonómica sobre función pública para los empleados públicos, laborales y funcionarios.

Como señala el artículo 11.3 del TREBEP los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Por su parte el artículo 61.7 del TREBEP indica que los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado 6 del referido artículo (una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación), o concurso de valoración de méritos.

Y el artículo 19 de la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana solo permite la adquisición de la condición de personal laboral previa superación del correspondiente proceso selectivo con cumplimiento en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como los de publicidad, libre concurrencia y transparencia, añadiendo el artículo 75 que la condición de personal laboral solo se puede adquirir a través de la superación del correspondiente proceso selectivo.

Por lo tanto, para poder adquirir la condición de personal laboral fijo no es suficiente con que se trate de cualquier proceso selectivo, sino que tienen que ser procesos selectivos convocados específicamente para la adquisición de tal condición, además de tratarse de procedimientos selectivos de carácter abierto y libre concurrencia.

Por ello, procede estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto, dejando sin efecto el apartado c) del punto sexto del Acuerdo de Pleno de la Diputación Provincial de Valencia de 4 de junio de 2021 aludido al comienzo

del presente fundamento de derecho, sin necesidad de examinar los procesos selectivos llevados a cabo por Divalterra, a la que iba dirigida la prueba documental aportada por la Diputación.

QUINTO.- Establece el artículo 139.1 de a la o promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad”.

Estimada parcialmente la demanda interpuesta, no hay expresa imposición de costas.

Visto cuanto antecede,

FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el SINDICATO DE TRABAJADORAS Y TRABAJADORES DE LA ADMINISTRACIÓN Y SERVICIOS PÚBLICOS-INTERSINDICAL VALENCIANA (STAS-IV), representado por el Sr. Procurador de los Tribunales D. Juan Francisco Fernández Reina y asistido por el Sr. Letrado D. Conrado Moreno Bardisa, contra la Resolución del Pleno de la Excm. Diputación Provincial de Valencia de 30 de julio de 2021, aprobando la propuesta de la Comisión Informativa para la Transformación del Sector Público de la Diputación y desestimando el recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo Plenario de 4 de junio de 2021 por el que se acordaba la asunción de las funciones de titularidad provincial asignadas a Divalterra SA para su gestión directa, así como la integración del personal de dicha empresa pública en la Diputación Provincial y en el Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia, dejando sin efecto el apartado c) del punto sexto del Acuerdo de Pleno de la Diputación Provincial de Valencia de 4 de junio de 2021 aludido al comienzo del fundamento de derecho cuarto de esta sentencia.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciendo constar que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de 15 días hábiles siguientes a su notificación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 81.1 en relación con el 85.1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y de conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., previo depósito en efectivo de 50 Euros en la Cuenta de Consignaciones de este Juzgado abierta en la entidad BANCO DE SANTANDER con n.º 4578-0000-85-0454-21, (en el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria tras completar el Código de Cuenta Corriente ES55 0049 3569 9200 0500 1274, se indicará en el

campo “concepto” el código referido para el ingreso en efectivo), bajo el apercibimiento de que si no se verifica dicho depósito se tendrá por no interpuesto el recurso de apelación, continuando el transcurso del plazo para interponerlo.

Así lo acuerdo, mando y firmo, el ILMO. SR. D. PABLO DE LA RUBIA COMOS, MAGISTRADO del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 8 de Valencia.

PUBLICACIÓN. La anterior sentencia ha sido pronunciada y publicada por el Magistrado que la dictó el mismo día de su fecha y en Audiencia pública; se incluye original de esta resolución en el libro de Sentencias, poniendo en los autos certificación literal de la misma y se notifica a cada una de las partes; Doy fe.