



**INFORME** solicitado en virtud de lo establecido por el Reglamento Orgánico del Pleno, Artículo 275, párrafos 2 y 3, a petición de la Portavoz del Grupo Municipal EH BILDU Gasteiz, Sra. Larión Ruiz de Gauna.

“Artículo 275.2.- Además de los informes preceptivos señalados en el artículo 122.5 letra e) de la Ley Reguladora de las Bases de régimen Local, podrán solicitar a la Secretaría General informe jurídico sobre la legalidad de un asunto de competencia municipal la cuarta parte como mínimo de las personas que sean miembros de la Corporación o quienes sean Portavoces de los grupos que representen el mismo”.

**ASUNTO: DIVERSAS CUESTIONES ACERCA DE UNA HIPOTÉTICA REMUNICIPALIZACIÓN DEL SERVICIO DE LIMPIEZA VIARIA Y RECOGIDA DE RESIDUOS, BAJO LA FÓRMULA DE UNA SOCIEDAD MUNICIPAL.**

**1.- ¿Su personal se registraría por el derecho laboral?**

**2.- ¿La legislación vigente permitiría que los trabajadores de la actual plantilla de la UTE de limpieza pasaran a ser laborales fijos de la futura sociedad de limpieza municipal con todos sus derechos?**

**3.- En consonancia con las sentencias 4258/2014 y 4290/2014, del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 18 de septiembre de 2014, ¿los mencionados trabajadores laborales tendrían la obligación de pasar alguna otra prueba de selección para mantener indefinidamente su puesto de trabajo en la sociedad municipal?**

**NORMATIVA APLICABLE AL PERSONAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES LOCALES**

La Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, en su artículo 85.2, dispone:

“Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) *Gestión directa*

- a) Gestión por la propia Entidad local
- b) Organismo autónomo local
- c) Entidad pública empresarial local
- d) *Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública*



## B) Gestión indirecta”

Y en su artículo **85 ter, 1**, aclara que “Las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación...”

Dicha regulación es posteriormente recogida por la **Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público**, que en su artículo **113** determina que “Las sociedades mercantiles estatales se regirán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre [de Patrimonio de las AAPP] y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero, y de contratación...” ; para añadir, en el **apartado 4** de su artículo **117**, que El personal de las sociedades mercantiles estatales, incluido el que tenga condición de directivo, se regirá por el Derecho laboral, así como por las normas que le sean de aplicación en función de su adscripción al sector público estatal, incluyendo siempre entre las mismas la normativa presupuestaria, especialmente lo que se establezca en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.”

La **Ley 33/2003, de 3 de noviembre**, a que la anterior se remite, en su artículo **166.2** reitera que “las sociedades mercantiles estatales con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad directa o indirecta de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos se regirán por el ordenamiento jurídico privado.” las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación...”

El **Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre**, al delimitar su ámbito de aplicación en su **artículo 2.1, letras c) y d)** referidas a las entidades locales, lo limita a “las Administraciones de las entidades locales”, así como a “los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas.” Si bien en su **Disposición Adicional primera. Ámbito específico de aplicación** añade que “Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica.”

El **Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en sentencia número 1891/2011 de 1 de julio** dictada por la Sección 1ª de su Sala de lo Social, y dentro de su **Fundamento jurídico Tercero**, interpreta como sigue la mencionada normativa (si bien debe señalarse que no hace referencia al Texto Refundido del EBEP, sino a la Ley 7/2007 anterior a la refundición de 2015):



“A diferencia del artículo 85 bis, común para los Organismos Públicos locales, ya sean Organismos Autónomos o las Entidades Públicas Empresariales, *el 85 ter, dedicado a la Sociedad Mercantil Local*, no contiene ninguna referencia al régimen del personal a su servicio. De ahí que *el personal de ésta sea laboral común, dada la cláusula general de remisión al derecho privado del apartado 1* [del artículo 85, ter de la LBRL], al ordenar que las sociedades se regirán íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, pues las fórmulas de personificación de derecho privado tienen vedado ejercer funciones que impliquen ejercicio de autoridad a tenor del artículo 85. 3LBRL Desde otra perspectiva, el artículo 2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, al delimitar su ámbito de aplicación, no contempla a las sociedades mercantiles públicas. Así pues, aunque el denominado EBEP tiene por objeto regular de manera unitaria en aspectos básicos todo el personal al servicio de la Administración, ya sea en régimen funcional o laboral, las sociedades mercantiles públicas no están bajo su ámbito de aplicación. Sin embargo, la disposición adicional 1ª del EBEP, bajo la rúbrica “Ámbito específico de aplicación”, dispone que los principios contenidos en los artículos 52, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local que no estén incluidas en el artículo 2 del EBEP y que estén definidas así en su normativa específica.”

El **Tribunal Supremo**, en las sentencias mencionadas en el escrito de petición del informe, dictadas por la **Sala de lo Social** con fecha 18 de septiembre de 2014, examina la situación de los trabajadores que fueron asumidos por la empresa “AENA Aeropuertos S.A.” al subrogarse ésta en las funciones y obligaciones que, en materia de explotación y gestión de los servicios aeroportuarios, venía desempeñando la “Entidad pública empresarial AENA “.

**STS 4258/2014, de 18 de septiembre, Fundamento Jurídico Tercero:**

“AENA Aeropuertos S.A.” es una sociedad regida por la legislación mercantil (y perteneciente al 100% a la “Entidad pública empresarial AENA”) que se subrogó –entre otros- en los contratos de trabajo de los actores, quienes ostentaban la condición de *trabajadores indefinidos no fijos de la EP Empresarial*. Pero aún con tal cualidad, *al pasar a “AENA Aeropuertos S.A.”, su condición sólo podía ser la de indefinidos sin más (artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores)*... “la cobertura –entre otras- de las plazas de los actores por personal fijo no podía ya tener lugar, porque en suma los puestos estaban ocupados por trabajadores fijos de la S.A., empresa sometida al ordenamiento laboral ordinario, sin que existiera vacante alguna.”

**STS 4290/2014, de 18 de septiembre, Fundamento Jurídico Segundo:**

“No cabe duda de que los contratos de trabajo han pasado a vincular a los actores con una sociedad mercantil (AENA Aeropuertos, S.A.) y no ya con una Entidad Pública Empresarial, por más que el capital social de aquella fuera de titularidad estatal.

El personal laboral de una sociedad mercantil está excluido de la aplicación del EBEP, por cuanto el ámbito del mismo se ciñe al personal de las Administraciones Públicas conforme al artículo 2.1 En consecuencia, se hace difícil sostener que los trabajadores de una sociedad de derecho privado puedan ser calificados como “indefinidos no fijos”, siendo ésta una calificación creada



jurisprudencialmente para garantizar la situación de quienes prestan servicios para entidades públicas en un régimen de laboralidad que no se sujeta a una causa legal de temporalidad. *La justificación de la figura del trabajador “indefinido no fijo” se halla, ... en la necesidad de preservar los principios que rigen el acceso al ejercicio de una función pública, elemento justificativo que desaparece por completo en el ámbito de las relaciones entre privados.”*

Posteriormente, la misma Sala ha dictado la **STS 3613/2016, de 6 de julio**, en la que se examina la naturaleza jurídica de la empresa “Transformación Agraria S.A. (TRAGSA)”, y su estatuto como entidad empleadora:

La Sentencia, en su **Fundamento Jurídico Tercero**, remite a la del Tribunal Constitucional 8/2015, de 22 de enero, y a la de la propia Sala de 20 de octubre de 2015. Clasifica dentro del sector público empresarial las “sociedades mercantiles estatales” que no son Administraciones públicas, y se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y de contratación. Y formula las siguientes consideraciones:

“La empresa TRAGSA no es subsumible en un concepto amplio de “Administración” a la hora de definir las normas que presiden el acceso a sus empleos.

La “contratación” que ha de sujetarse a normas propias del sector público no es la de personal asalariado, sino la de obras o servicios.

Las normas del EBEP son inaplicables a las sociedades mercantiles de titularidad pública.

Salvo en temas patrimoniales y relacionados con ellos, a esta mercantil se le aplican las mismas normas que a cualquier otra.

Doctrina constitucional y de esta Sala conducen a la misma conclusión: no cabe extender a TRAGSA las normas sobre empleado público.”

En su **Fundamento Jurídico Cuarto** reproduce la doctrina sentada en su propia Sentencia de 20 de octubre de 2015:

“No cabe equiparar el régimen jurídico correspondiente al sector público “administrativo” con el sector público “empresarial”, pues “el factor diferencial entre una y otra categoría de trabajadores se encuentra en la diferente estructura en la que se incardinan, que los convierte en grupos o categorías personales diferentes, que admiten la atribución por el legislador de consecuencias jurídicas distintas” (ya citada STC 8/2015, FJ9.a)

Es reiterado criterio del Tribunal Constitucional que en los contratos laborales no se aplica el artículo 23.2 CE (así, SSTC 86/2004, de 10 de mayo, FJ4º; 132/2005, de 23 de mayo, FJ2º; y 30/2007, de 15 de febrero, FJ 8º).

Estas afirmaciones concuerdan con lo expuesto en la STS 4258/2014, de 18 de septiembre: “la construcción del indefinido no fijo es inaplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, pues no están obligadas a cumplir con esos principios constitucionales de acceso “a la función pública”, que es a lo que se contrae el mandato del artículo 103.3 CE.”

Y añade algunas consideraciones relativas al caso, entre ellas:



“B) Doctrina Constitucional y de esta Sala Cuarta conducen a que no pueda aplicarse el régimen de acceso al empleo público a la contratación laboral de TRAGSA. Ello, claro está, sin perjuicio de que sea deseable y lógico que se actúe con arreglo a esos principios ...

D) ...no es posible identificar a TRAGSA con la Administración Pública a fin de hacerla observar el cumplimiento de requisitos más estrictos que los propios de las relaciones privadas.

E) En el convenio colectivo, aunque han de respetarse las exigencias del derecho a la igualdad y a la no discriminación, estas no pueden tener el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de autonomía de la voluntad.

Lo requerido constitucionalmente es que en todo caso la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.”

Por otra parte, el hecho de que las sociedades mercantiles locales se integren en el Sector Público conlleva la aplicabilidad de la Ley de Presupuestos Generales del Estado aprobada para cada ejercicio.

La vigente **Ley 3/2017, de 27 de junio**, en su **Disposición adicional décima quinta**, impone limitaciones y requisitos a la contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas, incluidas las locales, entre ellas una tasa máxima de reposición de efectivos calculada conforme a las reglas del artículo 19.Uno.4 de la misma ley. Sin embargo, señala que las indicadas limitaciones no serán de aplicación cuando se trate de la contratación de personal con una relación preexistente de carácter fija e indefinida en el sector público local. En opinión de algunos especialistas (ver artículo de Lourdes **López Cumbre**, Catedrática de Derecho del Trabajo en la Universidad de Cantabria, publicado en la “**Revista Galega de Dereito Social**” 3/2017) entienden que, en el caso de trabajadores subrogados debido a una sucesión empresarial, “estos trabajadores ya formaban parte de la plantilla, por lo que esta última no sufre incremento alguno. De esta forma, la Administración podría constituir una sociedad mercantil, o utilizar una ya creada, a efectos de la integración o consideración de los trabajadores provenientes de la subrogación.”

La **Disposición adicional vigésima sexta** indica que no se podrá considerar empleados públicos a los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos. Pero a dicho personal “le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.” Además, “en aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo



previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.”

### **CONCLUSIONES:**

1.-

El personal de las sociedades mercantiles locales o de titularidad exclusivamente municipal se rige en la ordenación de sus relaciones de trabajo por el derecho laboral.

La integración de dichas sociedades en el sector público local impone, no obstante, a dichos entes el respeto a la normativa presupuestaria que resulte aprobada para cada ejercicio, así como a los principios generales que sustentan el régimen de acceso al empleo público.

2.- y 3.-

Si, conforme a las previsiones contenidas en la normativa laboral, se produjese la sucesión entre ambas empresas, el personal laboral fijo de la contratista del servicio de limpieza viaria pasaría a ser personal laboral fijo de una sociedad mercantil de titularidad municipal que tuviera encomendada la prestación de dicho servicio, al operarse la subrogación de esta última en la posición de empleador que venía ostentando la primera. Del mismo modo, el resto del personal de la contratista mantendría sus condiciones de trabajo preexistentes.

Parecer que se emite, según lo solicitado, en Vitoria-Gasteiz, a 28 de mayo de 2018

LA SECRETARIA GENERAL DEL PLENO