

Análisis jurídico-laboral:



BARCELONA, DICIEMBRE DE 2020

1. ANTECEDENTES



1.2 LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN TMB

Según información facilitada por las entidades mercantiles pertenecientes al grupo TMB, Transports Metropolitans de Barcelona (Transports de Barcelona, S.A. o TB, y Ferrocarril Metropolità de Barcelona, S.A. o FMB), las Compañías se encuentran analizando el grado de cumplimiento del marco legal en materia de contratación, los compromisos de Convenio colectivo y el impacto en Tasa de reposición, así como la aplicabilidad de ciertos aspectos en materia de contratación y sistema de provisión de vacantes en relación al Estatuto Básico del Empleo Público (EBEP).

Los problemas detectados hacen referencia a

- A. Existe un volumen importante de contratos temporales que no responden claramente a la finalidad estructural de las funciones que desempeña la persona que lo tiene suscrito..
- B. No se dispone de una relación de puestos que identifique las posiciones estructurales, de nueva creación o temporales por propia naturaleza.
- C. Los sistemas de provisión de vacantes no hacen referencia expresa a los principios recogidos en el EBEP.

A este respecto se ha solicitado de DWF-RCD un análisis jurídico de la situación y propuestas de mejora.

A) ANTECEDENTES:

Con carácter previo al análisis jurídico de las incidencias detectadas y sus posibles soluciones procede analizar de forma esquemática los diversos aspectos tenidos en cuenta:

- A. CIRUNSTANCIAS QUE PUEDEN DAR LUGAR A LA AMPLIACIÓN AUTOMÁTICA DE PUESTOS DE TRABAJO Y/O QUE COMPUTAN EN TASA DE REPOSICIÓN.

Tras analizar los datos facilitados por las Compañías y los Convenios colectivos detectamos las siguientes circunstancias:

1. **Contratación temporal derivada de ampliaciones de servicios llevadas a cabo a requerimiento de la AMB.** Utilización de contrato de la modalidad contractual por obra o servicio.

2. **Contratación temporal derivada de necesidades diversas de las áreas.** Utilización de contrato de la modalidad contractual por obra o servicio.
3. **Compromisos de Convenio Colectivo en materia de contratación con carácter indefinido, ampliación de contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo y transformación en indefinidos de las distintas tipologías de contratación temporal, que cuentan contra Tasa.**
 - a. **FMB**
 - i. **Jubilación parcial. Cobertura de vacante al 100% obligatoria para la empresa**
 1. Contratos de relevo
 2. Contratos de obra o servicio con anexo de relevistas
 - ii. **Bajas vegetativas. Cobertura de vacante al 100% obligatoria para la empresa**
 - iii. **Transformación de contrato a tiempo parcial en contrato a tiempo completo**
 1. Área de mantenimiento. Transformación de contratos a tiempo parcial a tiempo completo
 2. Área de Operaciones.
 - a. “Sistema de N Invertida” aplicable a los Agentes de Atención al Cliente. Producida una vacante por baja vegetativa, excluida jubilación parcial, o promoción interna que comporte reducción de plantilla se procede a su cobertura de manera automática, ampliando al 100% un contrato a tiempo parcial indefinido. Adicionalmente, la vacante que, a su vez, ha generado el movimiento anterior se cubre mediante la contratación a tiempo parcial de un empleado de la “Bossa d’Estiu”.
 - b. Recuperación de la contratación al 100% correspondiente a los ejercicios 2013, 2014 y 2015. Transformaciones a contrato a tiempo completo paralizadas durante estos ejercicios.
 - c. Otros compromisos de contratación al 100%
 - i. Del personal incluido en la denominada “Bossa d’Estiu”
 - ii. Relevistas

- iii. Estudio para incrementar la contratación al 100% de los OLAs a tiempo parcial
- iv. **Compromiso de internalización de tareas.**
- v. **Invalidez Permanente total.** Concesión de puesto alternativo indefinido a tiempo parcial, cuyo alcance porcentual de jornada variará en función de la edad del empleado y de la diferencia que se produzca entre la prestación de seguridad social y el salario acreditado antes de la IPT.
- vi. **Creación de nuevos puestos de trabajo para cubrir nuevos turnos asumidos por la Compañía como consecuencia de compromisos de mejora de la conciliación de la vida laboral y familiar.**
- vii. **Reincorporaciones tras excedencias voluntarias.**

b. TB

- i. **Jubilación parcial.** Contratación simultánea del relevista con carácter indefinido y a tiempo completo.
- ii. **Invalidez Permanente Total.** Garantías similares a las estipuladas en el Convenio de FMB

B. MAPA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL ACTUAL CON FECHA DE VENCIMIENTO DEL MAXIMO LEGAL (2 o 3 años) en los ejercicios 2020, 2021 y 2022.

Según informe interno de la Compañía:

*“RESUMEN SITUACIÓN CONTRACTUAL CON AFECTACIÓN A LA TASA DE REPOSICIÓN
A fecha 18/09/2020 tenemos en TMB 800 personas con modalidades contractuales temporales, que en realidad se consideran estructurales en tanto que han sido contratadas con vocación de estabilidad.*

Por sociedades la situación es la siguiente:

TB

- **En TB son 548 los empleados afectados, y todos ellos lo son con la modalidad de Obra y Servicio.**
- **De todos ellos, 314 entendemos que responden a nuevas vacantes surgidas en los 3 últimos años por incrementos de oferta, ampliación de flota y nuevas necesidades, respecto de los cuales se ha solicitado autorización a la AMB para que tengan la consideración de ocupantes de vacantes fijas.** La mayoría de este montante, concretamente 260, son conductores de autobús, y 29 son operarios de distintas

especialidades. El resto (25) ocupan puestos prácticamente unipersonales de perfil técnico o responsable, mayoritariamente en ámbitos corporativos del grupo TMB.

- **El resto de empleados con modalidad de obra y servicio (232) más 2 contratos eventuales por circunstancias de la producción, no se consideran nuevas plazas, sino cobertura de plazas ya existentes que en su momento han quedado descubiertas por motivos varios (promociones, bajas voluntarias, jubilaciones, excedencias, etc). En su inmensa mayoría (230), son conductores de línea, 2 son Agentes de Intervención en Línea y los otros 2 han cubierto plazas en departamentos corporativos.**
- A destacar que en TB, y para las posiciones de base (conductores y operarios, principalmente) la **política histórica de contratación** ha sido la de incorporarlos por grupos más o menos masivos con la **modalidad contractual de obra y servicio** por un año, con un doble objetivo: **permitir la jubilación parcial en TB** (convirtiendo a relevistas indefinidos tantos contratos de obra y servicio como jubilaciones parciales se solicitaran cada año) y **facilitar la desvinculación de aquellas personas que no se ajustaran al “perfil” exigido; prorrogando generalmente año tras año las obras y servicio de los sobrantes, para convertirlos a indefinidos** al agotarse el máximo legal de duración de 3 años que permite esta modalidad contractual.

FMB

- En FMB tenemos **254 empleados afectados, aunque con dos modalidades contractuales distintas: 92 empleados tienen un contrato temporal de relevo realizado en virtud del Pacto de Jubilación Parcial que ha estado vigente hasta 31 de diciembre del 2018, a los que el convenio colectivo les otorga garantía de contrato indefinido (al cual se convierten al vencer la temporalidad del primero); y 162 tienen un contrato de obra y servicio realizado directamente por el máximo de tiempo que prevé el Estatuto de los Trabajadores.**
- Respecto de los **92 primeros, la gran mayoría (80 personas) son Agentes de Atención al Cliente (principal colectivo base de la operación de metro), y accedieron a dicha modalidad contractual en cumplimiento de los acuerdos colectivos relativos a la “bolsa de verano de AAC”. Y el resto ocupan otras posiciones muy variadas a las que accedieron directamente con un contrato de relevo temporal, o bien, siendo ya AAC, accedieron a ellas mediante concursos de promoción internos en la compañía.**
- En relación a los **162 “obras y servicio”, 128 entendemos que responden a nuevas vacantes generadas en los últimos 3 años por ampliaciones de la red, mejoras en la oferta y el servicio, compra de trenes, y otras necesidades, respecto de los cuales se ha solicitado autorización a la AMB para que tengan la consideración de ocupantes de vacantes fijas. Estos 128 puestos son muy variados: 18 son Técnicos de Operación de Líneas Automáticas, 10 son mandos técnicos de operaciones, 55 son operarios y especialistas de muy diversas especialidades, 5 operadores varios de la sala de control de Metro, 7 agentes de atención de los puntos de información, y el resto posiciones casi unipersonales dentro de la organización.**
- **Los 34 “obras y servicio” restantes, no contemplados en el informe del AMB, no se consideran nuevas plazas (y por tanto no están incluidas en dicho informe), sino cobertura de plazas ya existentes que en su momento han quedado descubiertas por motivos varios (promociones, bajas voluntarias, jubilaciones, excedencias,**

etc). En su mayoría (27) son posiciones de operarios de muy distintas especialidades, y el resto posiciones aisladas en muchos casos casi unipersonales.

De la lectura del anterior informe cabría considerar que la obtención de autorización para transformar en indefinidos las posiciones solicitadas a la AMB resolvería parte del problema, sin embargo, cabe dudar del carácter estructural de algunas de estas posiciones, dado que los compromisos de Convenio comportan incrementos de contratación que computan contra Tasa (la transformación de contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo, la transformación automática de contratos temporales en indefinidos, así como los compromisos de reingreso en caso de Invalidez Permanente Total).

En cualquier caso y con carácter previo a analizar las cuestiones planteadas, resulta necesario tener en consideración los distintos planes de mejora y proyectos de refuerzo que se han venido realizando en los últimos años por parte de las mercantiles, ante las necesidades que se han venido observando en los servicios gestionados por las mismas.

Concretamente, para el periodo comprendido entre 2017 y 2020, la ATM (Autoridad del Transporte Metropolitano) ha autorizado a las referidas mercantiles desde el punto de vista económico para que adopten una serie de medidas al respecto, siendo que las mismas aparecen expresamente desarrolladas en el Informe de julio de 2020 que se ha elaborado por parte de TMB y que se adjuntan a la presente nota.

En relación con la sociedad FMB, los distintos proyectos y planes de mejora que han sido autorizados son principalmente los que a continuación se enumeran:

- Extensión de Metro: apertura de la Línea 10 Sud, así como la creación de nuevos tramos en líneas automáticas, instalaciones, dependencias varias y estaciones.
- Plan de mejora de Metro que incluye, entre otras, el incremento de la frecuencia de trenes, lo que ha conllevado la adquisición de 12 trenes nuevos.
- Poner en marcha el modelo estructural de renovación periódica de habilitación para la conducción, tal y como se recoge en la norma marco sobre seguridad ferroviaria.
- Creación de la “Unidad Estratégica de Proyectos”

Por su parte, en relación con la sociedad TB, podemos destacar los siguientes:

- Plan de mejora de Bus: la adquisición de 43 autobuses financiados por ATM.

- Plan de participación de Bus: incluye la adquisición por el Ayuntamiento de Barcelona de 23 autobuses.
- Nuevo espacio de aparcamiento en CON d'Horta (Cal Notari)
- El Plan de Espacio.

Del análisis de los distintos proyectos y planes de mejora autorizados en ambas mercantiles se observan diversas solicitudes para proceder a la ampliación de distintos servicios operativos. No consta, sin embargo, solicitud expresa en relación al número de recursos (puestos de trabajo estructurales) para llevar a cabo tanto los nuevos servicios como las ampliaciones de los ya existentes, si bien constan dos escritos de solicitud de autorización de la contratación temporal llevada a cabo para atender estas ampliaciones, si bien no consta el número de posiciones concretas. Hasta la fecha no se ha recibido respuesta al respecto circunstancia que ha motivado una petición expresa presentada en julio de 2020, acompañada del Informe anteriormente indicado.

En la mayoría de los casos se ha recurrido a la contratación temporal (contratos de obra o servicio) para cubrir estas vacantes que, sin embargo, no aparecen en la relación de puestos de trabajo (RPT), puesto que dicha relación no se ha elaborado.

Asimismo, según la información recibida por parte de las mercantiles, parece que fueron aprobadas las dotaciones presupuestarias necesarias para proceder a la ampliación de los distintos servicios, en el bien entendido, que estas necesidades de TMB fueron debidamente autorizadas y recogidas en el pertinente contrato programa que TMB suscribe con la ATM.

La provisión de las vacantes de acuerdo con los compromisos establecidos en Convenio colectivo se lleva a cabo en primera instancia a través de concurso oposición de promoción interna y, en segunda, a través de contratación externa, previa convocatoria de concurso oposición, de acuerdo con los procedimientos establecidos internamente y publicados en el Portal de Transparencia. La publicación de estos procesos se lleva a cabo a través de la web corporativa y de la red social de empleo LinkedIn.

Ante la aprobación de estas medidas y tras un profundo análisis llevado a cabo por TMB, que ha quedado reflejado en el referido informe de julio de 2020, se considera necesario que se reconozcan como estructurales aquellos puestos de trabajos generados desde el año 2017 y que están ocupando diferentes personas bajo la modalidad de contrato temporal de obra y servicio.

A fecha 30 de junio de 2020, TB y FMB tienen concertados 320 y 149 contratos de obra y servicio respectivamente, lo que hace un total de 469 personas con contratos de obra y servicio.

2. PROBLEMÁTICA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN EL EMPLEO PÚBLICO

Las recientes sentencias dictadas por el TJUE así como la doctrina mantenida por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia han afectado a las relaciones de trabajo de duración determinada en el ámbito del Derecho Laboral de las Administraciones Públicas. Dichas sentencias conllevan importantes cuestiones y dudas interpretativas con respecto a la normativa nacional y constitucional, la primera: la comparación entre trabajadores de duración determinada respecto a sus homónimos fijos. Y la segunda: la sanción y prevención del fraude en el abuso de la temporalidad, así mientras la sanción en la contratación privada en fraude de ley implica la automática conversión de la relación en indefinida, en el régimen de los empleados públicos dicha solución contraría los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad que rigen el acceso al empleo público (art.23.2 CE).

Como consecuencia de esta problemática, surge, a finales del siglo pasado, la construcción jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo en el ámbito de la contratación laboral de duración determinada de las Administraciones públicas. Esta construcción tradicionalmente acuñada por la jurisprudencia de la Sala de lo Social ha sido superada, no sólo por la reciente STJUE de 19 de marzo de 2020, sino también por la doctrina mantenida por la Sala del TSJ de Galicia (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Social) de 28-6-2018 (Concello de A Guarda) que reconoce la fijeza de personal laboral temporal tras la constatación de un abuso o fraude en su contratación temporal.

En un contexto de crisis y de contención del gasto, las políticas de gasto, deuda pública y estabilidad presupuestaria han limitado el presupuesto de las Administraciones públicas, así como las Ofertas de empleo público, revelando el recurso a una utilización masiva de la contratación temporal. Lo anterior, evidencia la necesidad de una urgente reforma legislativa destinada, no sólo a sancionar la contratación abusiva, sino más bien a prevenir su utilización. Sin embargo, no parece que, de momento, podamos esperar una reforma tendente a eliminar la tasa de reposición o, incluso, los procesos de provisión en empleo público. Así, el reciente Real Decreto de octubre de 2020 establece en su Disposición Adicional Tercera:

1.1.1.1.1. “Disposición adicional tercera. Personal declarado indefinido no fijo por sentencia judicial.”

1. Las administraciones públicas podrán convocar, sin que computen a efectos de tasa de reposición, las plazas correspondientes al personal declarado indefinido no fijo por sentencia judicial.

2. Estas convocatorias deberán realizarse en el plazo establecido en el artículo 70.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público para la ejecución de las ofertas de empleo público, previa negociación colectiva.

3. La articulación de estos procesos garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad y les serán de aplicación los criterios generales establecidos en este real decreto.”

Ciertamente, esta disposición permite llevar a cabo una “regularización del personal indefinido no fijo reconocido por sentencia judicial” sin que computen contra tasa, pero esta deberá realizarse a través de los procesos que garanticen el cumplimiento de los principios recogidos en el EBEP.

3. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE EN RELACIÓN A LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL POR PARTE DE SOCIEDADES MERCANTILES INTEGRADAS EN TMB:

El marco normativo que resulta de aplicación a las referidas sociedades mercantiles (TB y FMB) en relación a la contratación de personal fijo es el siguiente:

- La Ley de Bases de Régimen Local establece en su artículo 85 ter:

“Las sociedades mercantiles locales se registrarán 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, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.”

- En cuanto a los procesos selectivos de personal en las sociedades públicas, se ha suscitado un largo debate jurisprudencial acerca de la aplicación de las previsiones de la Disposición Adicional Primera 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 que señala: «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. La trascendencia de este debate recobra toda su actualidad tras las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de 17 y 18 de junio de 2020, dictadas en Recurso de casación para unificación de Doctrina.»

- En relación a la aplicación de la normativa presupuestaria, el artículo 135 de la Constitución Española establece que todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.
- La Ley de Presupuestos Generales del Estado del año 2018 (en adelante, LPGE), y más concretamente la Disposición Adicional vigésima novena de la misma regula la contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales.

Debemos señalar que el apartado Uno punto 4 de dicha Disposición Adicional se remite a su vez a lo establecido en el artículo 19 Uno 3 para el caso concreto de las sociedades mercantiles que gestionan servicios públicos como es el caso de TB y FMB. Por este motivo y como podrá observarse a lo largo de la presente nota informativa, se pivotará entre ambos artículos.

Una vez fijado el marco normativo general que resulta de aplicación pasamos a centrarnos a desarrollar distintas cuestiones que consideramos problemáticas desde la perspectiva de la normativa anteriormente indicada:

1. Excesiva contratación temporal a través de la modalidad contractual Obra o servicio, cuando, aparentemente, estos servicios desarrollados, en la mayoría de los casos, responden a posiciones estructurales o de nueva creación como estructurales.
2. Regularizar el proceso de publicitación de las vacantes
3. Revisar el cumplimiento de la reciente doctrina establecida por el Tribunal Supremo en materia de procesos de contratación en entidades públicas.
4. Armonizar el cumplimiento de la legislación laboral vigente y del EBEP con los compromisos asumidos por Convenio colectivo.

1. CONTRATACIÓN DE PERSONAL EN SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS:

A los efectos de proceder a realizar contrataciones dentro de las sociedades mercantiles públicas, debemos tener en consideración los límites establecidos en la LPGE (siendo la última

aprobada la del año 2018 que ha sido prorrogada hasta la actualidad) y más concretamente la Tasa de reposición que se establezca en cada caso.

La posibilidad de modificar la plantilla ampliando el número de plazas se ha reconocido también por la jurisprudencia si bien de manera indirecta, cuando hace referencia a la posibilidad de incorporar nuevo personal tanto en plazas ya existentes como en plazas de nueva creación.” (VI Seminario de actualización jurídica y derecho local Girona, 29 de junio de 2018. Eva Comellas Batet, Coordinadora de Recursos Humanos Área Metropolitana de Barcelona).

Con independencia de esta cuestión, el concepto “Tasa de reposición” a la que se hace referencia en la citada ley, debe entenderse como la ratio que determina el número de contrataciones de personal que se puede incorporar en una administración o entidad pública.

Una vez fijado lo anterior y en relación a la posibilidad de incorporación de personal por parte de TB y FMB, más allá de aquellas plazas de nueva creación justificadas por el incremento de servicios debidamente dotado, debemos tener en cuenta los siguientes límites establecidos en la LPGE de 2018 que resultan de aplicación:

- A) No se puede proceder a la contratación de personal temporal salvo casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables (D.A.29. Uno apartado 3 de la LPGE de 2018).
- B) Para las sociedades mercantiles públicas que realizan una prestación directa a los usuarios del servicio de transporte público, se establece una tasa de reposición del 100% (D.A.29 Apartado 4, en relación al artículo 19.1.3 del EBEP).
- C) Adicionalmente a lo anterior, podrán formalizar contratos indefinidos en un número equivalente al 5% del total de su tasa de reposición si van destinados a aquellos sectores o ámbitos que requieren un refuerzo adicional. Preferentemente en sectores donde se establezcan nuevos servicios públicos, se incremente la actividad estacional por actividad turística o se de un alto volumen de jubilaciones, como en principio sería el caso de TB y FMB (D.A.29. UNO. Apartado 6 de la LPGE).
- D) Por último, cabe añadir que pueden disponer de una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal de las plazas dotadas presupuestariamente y que hubieran

estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpida al menos en los 3 años anteriores a 31 de diciembre de 2017. (D.A.29. UNO. Apartado 7 de la LPGE).

Es importante tener en cuenta que para calcular la citada tasa de reposición debemos acudir al artículo 19.UNO, Apartado 7 de la LPGE.

Una vez desarrollada la normativa básica en relación a la cobertura de vacantes y contratación de personal, resulta necesario analizar si los compromisos asumidos en los convenios o pactos colectivos que resultan de aplicación a las distintas sociedades son concordantes con dicha normativa:

Así en el caso de FMB existen en la actualidad los siguientes acuerdos al respecto:

1. **Conversión de Relevistas Temporales en Indefinidos.** Acta número 27 de 7 de julio de 2016 para la negociación del XXVI CC FMB.
2. **N invertida.** Art. 10.2 XXVI CC FMB.
Se garantiza la contratación de un ACC de Bolsa de Verano, al 75% Indefinido, cada vez que se produce una baja vegetativa de un ACC/MOTI por los siguientes motivos: baja voluntaria, defunción, incapacidad permanente, jubilación total sin parcial previa o promoción que comporte pérdida de plantilla.
3. **Puestos Alternativos.** Art. 13 XXVI CC FMB.
4. **Relevistas indefinidos.** Acuerdo Jubilación Parcial 2020 de fecha 28/01/2020.

Por su parte, en el caso de TB podemos destacar que el artículo 25 del Convenio Colectivo de empresa para los años 2015-2019, establece en relación a las jubilaciones parciales en que se asume el compromiso de realizar simultáneamente la formalización de un contrato de relevo indefinido a tiempo completo, siendo prioritaria la selección del personal que se encuentre adscrito a la bolsa de empleo así como el personal que haya prestado servicios a través de un contrato temporal durante el año anterior.

Los compromisos de cobertura de vacantes, los compromisos de transformación asumidos por convenio, y otros compromisos de reincorporación, ya comentados, pueden conducir a la superación de la Tasa de reposición, de ahí la necesidad de

1. realizar una revisión completa, tanto el número de posiciones que deben considerarse estructurales lo que permitirá consolidar una buena parte de la contratación temporal,
2. revisar los sistemas de provisión de vacantes

Como ya hemos advertido, la práctica habitual y los compromisos por convenio conducirán a la conversión en indefinidos de una buena parte de los contratos temporales. A este respecto hay que señalar que, si esta conversión no se produce de acuerdo con los sistemas de cobertura de vacantes previstos en el EBEP, sino de manera automática, lo que podría dar lugar a la exigencia de responsabilidades dado que, a la vista de los criterios jurisprudenciales, la naturaleza de los mismo será la de un contrato indefinido no fijo, siempre y cuando así haya sido reconocido por sentencia judicial.

EL CARÁCTER INDEFINIDO NO FIJO DE UNA RELACIÓN LABORAL TEMPORAL FRAUDULENTO EN EL ÁMBITO DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL DEL SECTOR PÚBLICO.

A continuación, procedemos a llevar a cabo un análisis de la reciente **Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 18 de junio de 2020, dictada en Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, relativa a la aplicación de los principios recogidos en el artículo 55 del EBEP relativos a la contratación y sus consecuencias, a las sociedades mercantiles integradas dentro del Sector Publico.**

A este respecto, señalar el **Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina**, resuelto por la precitada Sentencia del Tribunal Supremo, **tiene como objeto esclarecer y determinar si la celebración de contratos en fraude de ley por una sociedad mercantil, encuadrada en el sector público, comporta que se reconozca a los trabajadores afectados:**

1. **La condición de fijos de plantilla o,**
2. **Declararlos indefinidos no fijos.**

La Sentencia recurrida (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 5 de abril de 2018), en la que se reclamó por los trabajadores su condición de fijos de plantilla porque fueron contratados en fraude de ley, **opta por la primera de las opciones expuestas.**

Dicha Sentencia recurrida concluye lo siguiente:

- *"(...) AENA S.A. no es una Administración Pública a los efectos de serle de aplicación el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), por cuanto el ámbito del mismo se ciñe al personal de las Administraciones Públicas, haciéndose difícil sostener que los trabajadores de una sociedad de derecho privado puedan ser calificados como "indefinidos no fijos", al ser 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. En palabras del Tribunal Supremo, 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 privadas".*

Frente a ella, se presenta como Sentencia de contraste a los efectos de la unificación de doctrina solicitada, la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 11 de mayo de 2010, R. Supl. 6855/2008**, que estimó en parte el recurso que formulaba la Sociedad Mercantil Estatal Radio Nacional de España SA, en el sentido de **declarar que la relación laboral que vincula a las partes es de carácter indefinido no fijo, es decir la 2ª de las opciones anteriormente expuestas.**

En dicha sentencia, en la que la empresa denunció la infracción de la D.A. 1ª de la Ley 7/2007 (EBEP), estimó en parte el recurso de suplicación que interponía la sociedad mercantil estatal Radio Nacional de España SA y declaró que la relación laboral era indefinida no fija por las razones siguientes:

- *"(...) Como decimos en nuestra sentencia de 19-3-2009 (rec. 7827/2007), y al igual que ocurre en el caso presente: "La sentencia recurrida argumenta en sus fundamentos de derecho 14º y 15º que la demanda ha sido presentada por la actora en 2007 (el 24 de enero), en un momento en que han entrado ya en funcionamiento las nuevas sociedades mercantiles estatales nacidas al amparo de la Ley 17/2006 de 5 de junio y ha quedado derogada la Ley 4/1980 de 10 de ene y que esta nueva normativa no obliga a que el acceso a las sociedades mercantiles estatales Corporación RTVE, TVE SA y RNE SA se produzca con arreglo a los principios propios de la contratación efectuada por las Administraciones Públicas (igualdad, mérito y capacidad), razón por la cual se procede a declarar a la demandante fija y no indefinida". - Tras lo que en*

dicha sentencia concluimos que "La Ley 17/2006 sigue atribuyendo a TVE S.A. la función de prestar un servicio público. La disposición adicional 12º de la LOFAGE establece que las sociedades mercantiles estatales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial de control financiero y contratación, añadiendo que la Corporación de Radio y Televisión Española, como sociedad anónima estatal dotada de especial autonomía respecto a la Administración General del Estado, se registrará, en primer lugar, por su ley reguladora y sus estatutos sociales, en segundo lugar por su legislación sectorial y por las normas reguladoras de las sociedades anónimas estatales en lo que le sean de aplicación y, en defecto de la anterior normativa, por el ordenamiento privado"

Una vez despejado por el Tribunal Supremo la existencia de una evidente contradicción entre ambas resoluciones, se inicia el análisis de la cuestión controvertida.

En este sentido, AENA como recurrente denuncia, en un único motivo de recurso, la infracción art. 18 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, en relación con los arts. 111.1 y 113 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la Disposición Adicional Primera y el art. 55 del RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público y los arts. 23 y 24 del Convenio Colectivo del Grupo AENA.

Bajo dicha paraguas normativo cuya infracción se denuncia, **el Tribunal Supremo recoge distintos pronunciamientos en los que se puede observar la falta de uniformidad y/o consenso al respecto durante los últimos años, para luego abordar la cuestión que nos ocupa optando por una modificación de la doctrina mayoritaria existente hasta la fecha.**

A este respecto, **el Tribunal Supremo sostiene la aplicación de los principios recogidos en el artículo 55 del EBEP a las sociedades mercantiles públicas en base a la interpretación conjunta de lo establecido, por un lado en el artículo 2 del EBEP en el que se regula su ámbito de aplicación y por otro, lo estipulado en el Disposición Adicional Primera el mismo cuerpo normativo.**

Así, El artículo 2 del EBEP en el que se regula su ámbito de aplicación establece lo siguiente:

- “1. Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas:

(...) d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas».

Por este motivo, se puede concluir que en virtud de dicho artículo el EBEP se aplica con carácter general a las denominadas "entidades de derecho público".

No obstante, **la disposición adicional primera del EBEP amplía el ámbito de aplicación de cuatro preceptos, incluido el citado art. 55 del EBEP en los siguientes supuestos:**

- **“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”.**

De la interpretación conjunta de ambas disposiciones, el Tribunal Supremo concluye que:

“Así pues, aun cuando el EBEP no es aplicable con carácter general a las entidades del sector público estatal no incluidas en su art. 2, sí les son aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, cuando la normativa específica, que les sea aplicable, les encuadra en sector público estatal.

El tenor literal de la disposición adicional primera del EBEP indica que al referirse a las «entidades del sector público estatal» no se limita a las «entidades de derecho público» mencionadas en el art. 2 del EBEP. En caso contrario, la disposición adicional primera del EBEP no tendría ningún contenido porque las entidades de derecho público ya están incluidas en su ámbito de aplicación conforme al art. 2 del EBEP.

Consiguientemente, cuando la normativa específica, aplicable a las sociedades mercantiles públicas, las encuadre en el sector público estatal, les serán aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad.”

Expuesto lo anterior y analizando el caso concreto que nos ocupa podemos concluir lo siguiente:

Transports Metropolitans de Barcelona (TMB) es la denominación común de las empresas Ferrocarril Metropolità de Barcelona, SA (FMB) y Transports de Barcelona, SA (TB), las cuales gestionan respectivamente los servicios de metro y autobús en nombre del Área Metropolitana de Barcelona (AMB), Administración Pública por Ley 31/2010, de 3 de agosto.

Las dos empresas son sociedades mercantiles en las que su capital pertenece al 100% al Área Metropolitana de Barcelona.

A este respecto y en base a lo anteriormente expuesto, ambas sociedades deben considerarse como integrantes del Sector Público de conformidad con lo siguientes:

- Artículo 3.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público:

“1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público las siguientes entidades:

- a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local.
- b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.
- c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes.
- d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera.

e) Las fundaciones públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.

3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.

f) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

g) Las Entidades Públicas Empresariales a las que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo.

h) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

(...)"

- Artículo 2 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público:

"2. El sector público institucional se integra por:

a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.

b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas."

Adicionalmente y en el caso concreto de FMB, en el artículo 1 de sus Estatutos se prevé que la misma tiene una naturaleza de sociedad mercantil de forma anónima del Área Metropolitana de Barcelona.

Todo lo anteriormente expuesto nos permite concluir que estamos ante una sociedad mercantil pública local, lo cual a su vez nos lleva a considerar de aplicación a la misma, la doctrina contenida en la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2020 en relación a la aplicación de los principios establecidos en el artículo 55 del EBEP en materia de contratación, al concluir dicha sentencia que “Consiguientemente, cuando la normativa específica, aplicable a las sociedades mercantiles públicas, las encuadre en el sector público estatal (en nuestro caso local), les serán aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad.”

3) REQUISITOS FORMALES DE LOS PROCESOS DE SELECTIVOS DEL PERSONAL DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS:

Como ya hemos adelantado, en cuanto a los procesos selectivos de personal en las sociedades públicas, resulta de aplicación las previsiones de la Disposición Adicional Primera 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.

De acuerdo con la citada normativa, en los procesos de selección de personal de las sociedades mercantiles públicas, se deben garantizar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y para su cumplimiento debe acreditarse además la existencia de:

- Publicidad de las convocatorias y de sus bases.
- Transparencia.
- Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.
- Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.
- Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.
- Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

En base a la información facilitada por las sociedades mercantiles se estarían cumpliendo dichos principios en términos generales.

Aunque si, la oferta “pública de empleo” y el proceso de concurso oposición se realiza únicamente respecto de la contratación temporal, no cabría determinar que dicho proceso valide posteriormente una conversión automática del contrato temporal en indefinido, aunque sea una exigencia prevista en el convenio colectivo de referencia.

Por otra parte, el uso habitual de los contratos de obra o servicio, dada la política histórica que, en materia de contratación se viene utilizando, debería ser sustituida, una vez, detectada la necesidad estructural, por un proceso para la cobertura temporal de la plaza con contrato de interino, mientras se lleva a cabo la cobertura definitiva cuando así lo permita la tasa de reposición, y siempre que se haya realizado el proceso de selección para la contratación con carácter indefinido..

Es cierto, que estos contratos de interino pueden tener una duración mucho más amplia que en la empresa privada, pudiendo prolongarse hasta un máximo de tres años. También es cierto que la rigidez en materia de crecimiento impuesta por la Tasa de reposición y las limitaciones presupuestarias ha comportado una bolsa de interinos, pendientes de regularizar, que, en términos generales, se estima que exceden de 300.000 personas a nivel nacional, y los tribunales han señalado que la interinidad puede ser superior a los tres años.

V. CONCLUSIONES Y ACCIONES DE MEJORA

A la vista de la situación descrita en la presente nota podemos considerarla necesidad de regularizar en la medida de lo posible una situación irregular

1. Analizar la posibilidad de elaborar una relación de puestos acorde con las necesidades derivadas del alcance real de los servicios actuales y, consecuentemente, proceder a la creación como plaza fija de todas aquellas posiciones que tengan la consideración de estructurales para poder prestar el servicio público.
2. Revisar los procesos de provisión de vacantes para dar cumplimiento a los requisitos del EBEP..
3. Regularizar la situación de aquellos contratos temporales de obra o servicio determinado, en el siguiente sentido:.

- a. Posiciones incluidas en el informe presentado a la AMB, y en aquellas otras posiciones que no se consideran nuevas plazas, sino cobertura de plazas ya existentes ya que en su momento han quedado descubiertas por motivos varios., podría procederse a su regularización, en primer lugar,, pasando a contratos interinos para la cobertura de plaza vacante, con independencia de la fecha de vencimiento consignada en el contrato, sin coste adicional, ya que la plaza está dotada económicamente y la transformación no comporta el pago de indemnización alguna. Y en segundo lugar su cobertura con contratos indefinidos, esta operación podría efectuarse de la siguiente manera:

Cumpliendo los requisitos de cobertura de vacantes conforme al EBEP, y de acuerdo con la tasa de reposición existente. Esta opinión queda sometida cualquier otra mejor fundada en derecho.

En Barcelona a diciembre de 2020



Fdo. M^a Cristina Samaranch

Cuanto antecede, salvo error u omisión involuntarios, constituye nuestra opinión sobre el tema informado, con arreglo a nuestro leal saber y entender, que gustosamente sometemos a cualquier otra opinión mejor fundada en Derecho y subordinamos a los criterios que la jurisprudencia pudiese establecer en el futuro.

La información y conclusiones que en la presente nota se detallan, deberán ser empleadas, con carácter exclusivo, por la persona o personas en cuyo interés se ha emitido, sin que la misma, ya sea en su totalidad, ya sea en forma extractada, pueda ser objeto de aplicación a otros supuestos ni de difusión a terceros sin la previa autorización de este despacho. Todo ello a efectos de evitar la incorrecta o desleal utilización de la información, cuestiones y conclusiones en ella contenidas.



info@dwf-rcd.law

www.dwf-rcd.law