

## **LA AUSENCIA DE CONVENIO COLECTIVO EN LAS SOCIEDADES MUNICIPALES: FUENTE NORMATIVA APLICABLE**

Eduardo de LINARES GALINDO

*Socio fundador de CIEM (Consultoría integral de la empresa y del municipio)*

*Trabajo de evaluación presentado para obtener el certificado de aprovechamiento del curso: Las sociedades mercantiles del sector público local (CEMCI)*

### **SUMARIO:**

1. Introducción.
2. Sobre la aplicación del convenio colectivo de la administración dependiente.
3. Aplicación del convenio sectorial: evolución de la jurisprudencia en la administración pública.
4. Convenio colectivo multisectorial.
5. Aplicación a las sociedades mercantiles de la doctrina de no acudir al convenio sectorial en ausencia de convenio propio.
6. Consecuencias prácticas.
7. Conclusión.

### **1. INTRODUCCIÓN**

No es poco habitual encontrar empresas públicas en el sector local que no tienen un convenio colectivo propio aplicable.

Aun dependiendo de una administración pública, la empresa, salvo negociación propia que determine su inclusión en el convenio del ayuntamiento, que no es habitual, queda desprotegido de esa importante herramienta de gestión de personal y de fuente del derecho propio.

A ello se le une que en las empresas de dimensión más reducida siquiera tienen representantes de los trabajadores, lo que dificulta aún más el escenario.

Recordemos la jerarquía normativa y las fuentes del derecho en este caso. el art. 7 TREBEP y del art. 3.1 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores -ET/15-, la normativa aplicable al personal laboral de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la modalidad de contratación, es la siguiente:

- 1º. Las normas del TREBEP, tanto las generales referidas a todos los “empleados públicos” (personal funcionario y personal laboral), como las específicas referidas exclusivamente al personal laboral.
- 2º. La legislación laboral común, esto es, el ET/15 y demás normas laborales concordantes.
- 3º. Los Convenios Colectivos aplicables.
- 4º. El contrato individual de trabajo y la costumbre local y profesional con base en el art. 3.1.c) ET/15.

Pero recordemos que los personales laborales de los entes instrumentales no están incluidos en el ámbito del TREBEP, por tanto el primer apartado no sería aplicable, siendo por tanto, legislación laboral básica y Convenios.

La nueva ley de función pública de Andalucía, Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía, ha venido a consolidar la normativa en la materia y determina en su artículo 2: ***Ámbito de aplicación.***

La ley es de aplicación:

*c) Al personal contratado por las entidades instrumentales del sector público andaluz. Se rige por sus **propias normas jurídicas y convencionales**. En todo caso, le serán aplicables, en los mismos términos que al personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía, los principios contenidos en esta ley en relación con el acceso al empleo público, deberes, código de conducta, ejercicio de la potestad disciplinaria y cupos de reserva en las ofertas de empleo público o instrumento similar establecidos legalmente, así como también los artículos y disposiciones de la misma que así lo establezcan específicamente.*

Esta situación de ausencia de convenio propio, va a ser analizada en el presente trabajo, integrando la deslavadada jurisprudencia existente en la materia y y aterrizando (término que considero muy adecuado a la situación) todo ello en las sociedades mercantiles.

Hasta ahora, en dicha situación de vacío normativo convencional, las empresas públicas han optado por alguna de estas tres soluciones:

1. No aplicar ningún convenio colectivo, directamente aplicando el estatuto de los trabajadores.
2. Aplicar, analógicamente el de la entidad de la que dependen, pero sin aprobación ni procedimiento legalmente establecido.
3. Aplicar convenios sectoriales dependiendo la actividad que desarrolle el trabajador, con la problemática que surge en las empresas públicas multiservicios.

Analicemos pues dichas soluciones y avancemos hacia la que consideramos que la jurisprudencia parece inclinarse, sin que haya aún un pronunciamiento cierto sobre ello.

Dejaremos la primera de ellas para un análisis final, dado que el resultado del estudio puede llevar a dicha solución, si bien las sociedades que lo aplican, dudo que sea por este análisis jurisprudencial sino más bien por facilidad o desconocimiento.

## **2. SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DE LA ADMINISTRACIÓN DEPENDIENTE**

Una de las soluciones que se adoptan mayoritariamente es aplicar o incluir en el convenio del ayuntamiento a las empresas públicas, pero esa práctica no es ajustada a derecho.

Estamos ante dos entidades jurídicamente diferenciadas y que incluso tiene diferente aplicación normativa. Cada una con su personalidad jurídica y un CIF diferente.

Además de ello, y no menos importante, ante dos plantillas diferenciadas, ante dos empleadores. Que uno sea ,o pueda ser, medio propio de otro, no implica que haya una cesión de trabajadores o un levantamiento del velo. Y ello implica que hay claramente dos órganos de representación de los trabajadores diferentes, y por tanto, hay que respetar la autonomía y la capacidad negociadora de cada uno, no pudiendo los representantes del ente matriz “decidir” incluir en su ámbito subjetivo a las sociedad municipales.

Para que esta solución fuera válida, sólo se podría realizar mediante un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores de la sociedad municipal en la que decidieran adoptar y adaptar el convenio municipal al personal de la sociedad.

En una especie de remisión normativa, podrá hacerse, pero requerirá un análisis más sereno pues, como decimos, no será solo necesario adoptar, sino también adaptar, toda vez que el convenio de una administración pública tiene unas circunstancias propias de obligado cumplimiento derivado directamente de la norma, y además tiene y requiere una tabla salarial propia en la que, a buen seguro, no aparecen los puestos que realiza la sociedad.

Mayor complejidad tiene en los ayuntamientos, cada vez más, que tienen un mismo texto para funcionarios y laborales, y por consiguiente, están limitados en la negociación por las normas de obligado cumplimiento ( ejemplo claro y actual es la prohibición de los premios de jubilación para los funcionarios, estando permitidos para los laborales).

Esto ha sido avalado recientemente por la última jurisprudencia: Hay libertad de elegir el convenio colectivo aplicable en el contrato de trabajo, cuando no hay convenio legalmente aplicable (STS 25/01/2022)

El Tribunal Supremo señala que **si no hay convenio de aplicación, nada impide que las partes acuerden libremente la aplicación de uno de esos convenios**, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.1.c ET, en relación con los arts. 1089, 1091 y 1255 CC, no vulnerándose, por tanto, lo dispuesto en el art. 37.1 CE, ni los arts. 5.1 y 2 ET, toda vez que, el pacto antes dicho tuvo un objeto lícito, al no ser aplicable ningún convenio.

De esta forma, las partes, ante la ausencia de un convenio colectivo, podrán aplicar otro cualquiera, pero serán las partes implicadas: Sociedad Municipal y representante de la plantilla de la sociedad, no ayuntamiento y comité de empresa de la plantilla municipal.

### 3. APLICACIÓN DEL CONVENIO SECTORIAL: EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Primeramente, debemos determinar que, para la administración que no tuviera convenio, la jurisprudencia ha ido fluctuando en la solución a adoptar hasta 2019.

En su STS N° 335/2019, Sala de lo Social, Rec 409/2018 de 06 de Mayo de 2019, Ecli: ES:TS:2019:1977, el Alto Tribunal analiza las fuentes normativas en un Ayuntamiento sin convenio.

De conformidad con lo reseñado, sentencia en unificación de doctrina el TS *«no puede quedar afectada por lo dispuesto en un convenio sectorial del que no ha formado parte ni está representada por las Asociaciones empresariales firmantes del mismo. Las Administraciones Públicas no pueden estar sujetas a normas convenidas por organizaciones patronales necesariamente guiadas por intereses particulares o sectoriales que muy difícilmente podrán coincidir con aquellos intereses públicos y generales que, como ocurre en este caso concreto, los Ayuntamientos están llamados a desempeñar, y por ello entendemos que las asociaciones empresariales carecen de la representatividad necesaria para extender los efectos de una negociación colectiva a tales entidades»*

*El razonamiento de la Sala de lo Social obliga a **modificar la doctrina** contenida en la STS, Sala de lo Social, Sección 1, Rec 2182/2003 de 07 de Octubre de 2004, y declarar que la que se acaba de exponer constituye la doctrina correcta, «en primer lugar, porque resulta la adecuada en función de las previsiones del ET sobre el ámbito de aplicación de los convenios. En segundo lugar, porque permite unificar la posición de la Sala respecto de la aplicabilidad de los convenios sectoriales en el ámbito de las administraciones públicas en el sentido de rechazar tal aplicación cuando en el convenio sectorial no ha tenido participación el ente público afectado. Y, finalmente, porque las administraciones públicas no concurren en el mercado en el espacio sectorial en el que lo hacen las empresas afectadas por el convenio colectivo, sino que, generalmente, **realizan actividades de naturaleza similar, normalmente de carácter instrumental, al servicio del interés público**».*

Ante la inexistencia de un convenio colectivo propio en la entidad pública que desarrolle varias actividades, **resulta de aplicación lo establecido en el contrato de trabajo** (art.3.1.c), ET).

Resulta interesante que dicha sentencia no está exenta de polémica dado que cuenta con hasta 4 votos particulares que consideraban que debía mantenerse la anterior doctrina de aplicación de convenio sectorial.

El TS reitera doctrina en STS N° 334/2019, Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Rec 406/2018 de 06 de Mayo de 2019; STS N° 336/2019, Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Rec 608/2018 de 06 de Mayo de 2019 y STS N° 333/2019, Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, Rec 4452/2017 de 06 de Mayo de 2019.

Por todo ello, **para la administración NO es una opción aplicar los convenios sectoriales.**

Pero, en esta materia y en esta jurisdicción, siempre se puede complicar un poco más, los asuntos son como matriuskas. Pero, ¿y si el propio convenio sectorial habla de empresas públicas incluyéndolas en su ámbito subjetivo?

Ahí sí habría enganche normativo donde incardinarlo, es evidente que expresamente se ha incluido y se ha negociado considerándolas.

Pues bien, el TS también ha dado respuesta a esta situación. Esta jurisprudencia ha sido reiterada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2021 que establece que: *“aunque en el convenio colectivo exista una referencia a las empresas públicas, no es posible interpretarla en el sentido de entender incluidas de manera indiscriminada en el ámbito de aplicación del convenio a cualquier entidad pública que pudiere desarrollar actividades de las incluidas en el mismo, junto con otras muchas ajenas al mismo, como es el caso habitual de las entidades locales, municipios y diputaciones provinciales. Remarcando que estas administraciones y organismos ni han participado, ni han estado representados en la negociación del convenio, por lo que resultaría ilegal y contraria a las previsiones del art. 82 ET la extensión a las mismas de sus efectos”*.

Es decir, el TS reitera la doctrina relativa a que NO están incluidas aun cuando aparezcan incluidas, debido a que no son parte de los órganos de negociación.

Desde un punto de vista práctico, este humilde letrado con cientos de pleitos de decenas de ayuntamientos y empresas públicas, considera que es más adecuada esta nueva jurisprudencia.

Piénsese en un ayuntamiento pequeño, sin convenio, se le aplicaban convenios de jardinería, construcción, oficinas y despachos, educación infantil, limpieza viaria, limpieza de edificios, recogida de residuos, etc. Un absoluto caos que conllevaba lo que hay que exiliar, la inseguridad jurídica más atroz en donde más debe haberlo: en la relación administración empleado público. No se podía permitir tal despropósito.

Pero el caos si se quiere es lo de menos, lo de más eran las diferencias generadas en este escenario: Diferentes horas en cómputo anual teórico ( dado que la realidad es que le es de aplicación la normativa estatal al respecto aunque algunos no quieran enterarse) diferencias retributivas, de derechos, de permisos, etc....

Además de ello, la fundamentación jurídica es impecable, ¿cómo va a ser válida la negociación realizada por empresarios con un lícito interés crematístico, que se vea afectada la administración pública que defiende intereses públicos?

Y de aquí lo interesante para el presente trabajo: ¿acaso esa justificación no es perfecta y plenamente aplicable para las sociedades públicas municipales?

Todo ello con unos matices que más adelante serán expuestos.

Por último y antes de abordar la aplicabilidad de la misma hay que terminar de analizar de un modo amplio, lo que dada la casuística y la alta proporción existente en las sociedades municipales, nos lleva a analizar lo que ocurre en empresas multiservicios. Empresas públicas con limpieza de edificios, de vía urbana, obras, recogida de residuos, etc. empresas a la que se le van encomendando diferentes servicios públicos.

#### **4. CONVENIO COLECTIVO MULTISECTORIAL**

No son pocas las empresas municipales, sobre todo de municipios medianos, que tienen un carácter de multiservicios, es decir, se han realizado encomienda de diferentes servicios públicos de diferente índole a dichas empresas, y suele ocurrir que dicha empresa sirve de cajón desastre para ir encomendando otros servicios menores que el ayuntamiento no quiere o no puede prestar.

En el escenario hipotético que plantea este trabajo de no tener convenio propio, ¿qué dice la jurisprudencia al respecto?

Ya hemos adelantado parte de la respuesta en los anteriores, pero merece un análisis particular dado que así lo ha determinado la jurisprudencia.

La Sentencia 829/2022 del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de octubre de 2022, aborda el problema de selección del convenio colectivo aplicable al trabajador de una empresa multiservicios con un asunto muy importante como el hecho de que NO hay libertad de las partes de elección cuando sí existe un convenio aplicable

aún de mayor rango. La aplicación del convenio colectivo aplicable depende del ámbito de aplicación.

Si se trata de una empresa multiservicios sin convenio propio, se le aplicará el convenio sectorial cuando lleve a cabo una actividad incluida en ese convenio sectorial.

Esto no ha sido una constante pues la jurisprudencia ha ido rolando:

- Primera posición actividad preponderante: La STS 17 de marzo 2015 (rec. 1464/2014), siguiendo su propia doctrina (STS 31 de enero 2008, rec. 2604/2007), ha entendido que el criterio para determinar el convenio colectivo aplicable a las empresas multiservicios es el relativo a la actividad preponderante, es decir, la principal, que ocupe más personal, requiera más recursos.
- Actividad del trabajador concreto: La STS 11 de junio 2020 (rec. 9/2019), siguiendo la doctrina de la STS 22 de febrero 2019 (rec. 237/2017), entiende que debe aplicarse el convenio de la actividad efectivamente ejecutada por los trabajadores en la empresa, lo cual sitúa en el escenario anteriormente referido de caos y desigualdades.

En definitiva, y aplicándolo a la empresa pública, es necesario matizar si le es de aplicación esta jurisprudencia y si le es de aplicación uno u otro convenio, o bien, al ser sector público le es de aplicación la doctrina de NO aplicabilidad del convenio sectorial.

## **5. APLICACIÓN A LAS SOCIEDADES MERCANTILES DE LA DOCTRINA DE NO ACUDIR AL CONVENIO SECTORIAL EN AUSENCIA DE CONVENIO PROPIO**

Adelanto que la postura que defiende en el presente trabajo es que dicha Doctrina no debe circunscribirse a la administración, estricto sensu, sino que, dada la fundamentación utilizada, sería aplicable también a las sociedades mercantiles públicas y al sector público.

Encuadrándose las mismas en el Sector Público institucional como entidad de derecho privado vinculado a una Administración Pública al amparo del artículo 2.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el artículo 2.b) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; siendo el tenor literal de los preceptos el que sigue:

*“2. El sector público institucional se integra por:*

*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, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.”*

La sentencia del Tribunal Supremo ha unificado doctrina a este respecto en su sentencia núm. 335/2019, Sala de lo Social, Rec. 409/2018 de 6 de mayo de 2019, ECLI: ES:TS:2019:1977, poniendo de manifiesto que las Administraciones Públicas y entidades del Sector Público sin convenio propio, como es el caso del presente trabajo, NO TIENEN QUE APLICAR EL CONVENIO SECTORIAL. Así, asevera el TS que la Administración:

*“No puede quedar afectada por lo dispuesto en un convenio sectorial del que no ha formado parte ni está representada por las Asociaciones empresariales firmantes del mismo. Las Administraciones Públicas no pueden estar sujetas a normas convenidas por organizaciones patronales necesariamente guiadas por intereses particulares o sectoriales que muy difícilmente podrán coincidir con aquellos intereses públicos y generales que, como ocurre en este caso concreto, los Ayuntamientos están llamados a desempeñar, y por ello entendemos que las asociaciones empresariales carecen de la representatividad necesaria para extender los efectos de una negociación colectiva a tales entidades”.*

Ante tal panorama la pregunta es clara: ¿A qué fuente reguladora de las condiciones del trabajo debemos acudir?

La respuesta la encontramos en la meritada sentencia, atendiendo a su tenor literal:

*“Pero lo cierto es que en este caso nos encontramos ante una entidad local que carece de convenio colectivo propio - sin que tampoco conste que estuviere aplicando un determinado convenio al resto de sus empleados-, y debemos ofrecer una respuesta a la situación que se presenta en este tipo de supuestos, nada infrecuentes en aquellos municipios que no disponen de un elevado número de habitantes. Respuesta que no puede ser la de aceptar la aplicación de todos y cada uno de los distintos convenios sectoriales que pudieren corresponderse con todas y cada una de las diferentes actividades que pudiere desarrollar el Ayuntamiento.”*

El Estatuto de los trabajadores tiene un precepto que es rotundo y no admite dudas ni hace distinciones de ningún género acerca de que los obligados a un convenio sean únicamente quienes estuvieron representados en la negociación, o pudieron estarlo.

El ET selecciona previamente a los sujetos legitimados para negociar, regulando esta materia en el art. 87, y también exige ( art. 88.1 ) determinadas mayorías para formar parte de la comisión negociadora, tanto por parte de los trabajadores como de los empresarios, pero, una vez que ha sido aprobado el convenio, éste obliga "erga omnes" en los términos en los que, como ya vimos, se pronuncia el art. 82.3". Pero su eficacia jurídica no puede trascender los límites que establece el propio art. 82.3 del ET - que es precisamente el que le atribuye la naturaleza jurídica que le permite desplegar esos efectos-, y en el que se señala que "*Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia*". Lo que impide que un determinado convenio colectivo sectorial pueda extender sus efectos a las empresas que no están incluidas en su ámbito de aplicación, como son las públicas, incluso cuando lo han pretendido como hemos visto anteriormente.

Y todo esto, además se puede cohesionar con la jurisprudencia que ha incluido de forma definitiva al sector público dentro de la normativa de acceso y control del

empleado público fundamentalmente de la necesidad de los principios generales de acceso. Es decir, si la jurisprudencia ha ido dando pasos a intentar homogeneizar e introducir al sector público dentro de las circunstancias propias de la administración, la teoría que defendemos de aplicar esta jurisprudencia a las sociedades mercantiles locales, será un eslabón más en dicha jurisprudencia y podrá servir de fundamento jurídico.

La STS n.º 3679/2018, de 16 de junio de 2021, siguiendo el análisis realizado por las SSTs n.º 472/2020, de 18 de junio de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2129 y 2 de julio de 2020 n.º 579/2020, ECLI:ES:TS:2020:2431, alcanza las conclusiones de que El concepto jurídico «entidad del sector público estatal» incluye entidades privadas que, de conformidad con el artículo 2 del EBEP, integran el sector público institucional, siendo evidente pues que se rige de forma diferente a cualquier empresa privada.

Por continuar con la más reciente jurisprudencia en este sentido la Sentencia 16/2023, de 11 de enero de 2023 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha resuelto en idéntico sentido de incluir a las empresa públicas dentro de la órbita pública.

Pues bien, haciendo un análisis completo de toda esta jurisprudencia consideramos que, efectivamente habrá de aplicársele esta jurisprudencia y que a una empresa pública sin convenio, no le será de aplicación el convenio sectorial.

Ello muy recientemente, ha sido avalado por Sentencia n.º 1600 /24 de 23 de mayo de 2024, en el TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA SALA DE LO SOCIAL DE SEVILLA , en estimación del recurso de suplicación de este letrado con el siguiente tenor literal:

*“SEXTO.- A vista de lo expuesto, procede la estimación del motivo de recurso planteado por el recurrente. Consta que la Corporación Municipal demandada, cuya naturaleza resulta, no sólo de la sentencia recurrida, sino de sus Estatutos, y que se dedica a la realización de múltiples servicios que le son encargados por el Ayuntamiento de cuenta con Convenios Colectivos propios, negociados y formalizados para determinadas actividades; sin que, sin embargo, cuente con Convenio propio para el servicio de obras de calas, en el que el actor desarrollaba su servicio, lo que*

*determina que no le sea de aplicación el Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Cádiz, ni, en consecuencia, tenga derecho a la mejora solicitada. En la sentencia de esta Sala de 22/9/22, dictada en el recurso 3283/20, se resolvió conforme a la doctrina expuesta, incidiéndose en que Ninguna duda cabe que la formalización por los ayuntamientos de un convenio colectivo propio es la herramienta jurídica más adecuada para dar solución a esta problemática, en tanto que permite regular unitariamente las relaciones laborales de todos sus empleados y de todas las diferentes actividades que pudiere desarrollar en la prestación del servicio público. Igualmente, la ausencia de convenio colectivo podría ser solucionada mediante el recurso a los mecanismos previstos en el artículo 92 ET, bien mediante la adhesión a otro convenio, bien mediante la extensión de otro convenio colectivo en vigor. En el mismo sentido la sentencia de la Sala de 16/9/2020, dictada en el recurso 756/2019.”*

Y todo ello, ante un recurso interpuesto por una Sociedad municipal, lo que acredita la aplicación de esta jurisprudencia tan novedosa, al sector público general.

Pero para ello, en un posible procedimiento judicial debería la empresa pública demostrar dos cosas importantes:

1.- Que no pertenece a la organización empresarial que ha negociado el convenio colectivo, y por tanto, no estaba representado en la negociación. En los convenios sectoriales, en representación de los empresarios estarán legitimados para negociar:

- En los *CONVENIOS COLECTIVOS SECTORIALES*, las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10 por 100 de los empresarios, (Art. 83 , 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 siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, así como aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al 15 por 100 de los trabajadores afectados.
- En aquellos *SECTORES EN LOS QUE NO EXISTAN ASOCIACIONES EMPRESARIALES* que cuenten con la suficiente representatividad, según lo

previsto en el párrafo anterior, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por 100 o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por 100 de las empresas o trabajadores.

Evidente y fácil en régimen probatorio acreditar mediante un certificado de la asociación empresarial del ramo que se pretende aplicar que no pertenece a la misma, que no paga sus cuotas ni tiene representante alguno.

2.- Importante, que el régimen de actuación sea dentro de las competencias propias y que no acuda la empresa pública al mercado en situación de igualdad con otras empresas privadas, siendo que su interés sea únicamente público y no económico en régimen de concurrencia.

Aquí, nuevamente, debemos aplicar otra jurisprudencia, en este caso de si las empresa públicas pueden o no pueden ir a ERTE, pero que es de plena aplicación al asunto tratado. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Social, 1575/2016, de 2 de junio (ECLI:ES:TSJAND:2016:5662 (LA LEY 122995/2016)), para desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal contra una solicitud de ERTE de una sociedad pública, al señalar:

*«Si bien la empresa empleadora, según se declara en la sentencia recurrida, está incluida en la relación de entidades que componen el Inventario de Entes dependientes de las Comunidades Autónomas, no aparece en el citado inventario clasificada a efectos de la Contabilidad Nacional como Administración Pública, sino como Sociedad no Financiera Pública. Si bien no hay duda alguna de que forman parte del sector público institucional, no parece que gocen de esa naturaleza de entidades de derecho público, pues se rigen por el derecho privado salvo aspectos puntuales».*

Todo relacionado con la Disposición adicional decimoséptima. Suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada en las Administraciones Públicas del TRET.

*Lo previsto en el artículo 47 no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado.*

Debemos entender, por tanto, que si estamos en operaciones realizadas en el mercado, si estaría representada dentro del ámbito de la negociación del convenio sectorial, dado que su financiación sí proviene del mercado y sí interactúa no como un ente público sino como una sociedad mercantil.

Y ello, hablando de la financiación sería consecuente a su vez, con la diferenciación existente en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, entre tasa y precio público, siendo el uno tributo y el otro no. Pues bien, esto también determina la necesidad de diferenciar en nuestro caso las empresas que están como forma de gestión pública de las que no.

## **6. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS**

Para finalizar hay que ver las consecuencias prácticas que ello tiene tanto para los empleados como para la empresa, que son de gran calado. Mi experiencia me dice que siempre son los empleados quienes acuden a convenios sectoriales para poder adquirir derechos que otorgan los convenios y que, ante la ausencia del mismo, pretender conquistar mediante la aplicación del que resulte más beneficioso o le otorgue uno u otro derecho.

Esto para nada es un estudio de laboratorio, que simplemente tiene implicaciones en un ámbito de estudio normativo. Muy al contrario, conocer toda esta jurisprudencia y poder aplicarla puede implicar un ahorro muy importante para la sociedad municipal ante las cada vez más habituales reivindicaciones de los trabajadores en el ejercicio de su legítimo derecho a la tutela judicial.

Piénsese que, dependiendo el convenio tienen un número de horas u otro diferente (sector de la construcción 1.736 horas de media, contra la jornada anual máxima durante el año 2023 para el personal funcionario será de mil quinientas doce (1.512) horas) y fundamentalmente tiene una clasificación y una retribución totalmente diferente con cuantías que pueden superar con creces lo abonado.

Igualmente se regula la organización de la jornada, horario, pluses, premios, excedencias y permisos, etc....

El caso más típico es, sin lugar a dudas, que, en prácticamente todas las empresas públicas sin convenio, se le dan a los trabajadores días de asuntos propios. Y esto NO es legal, porque esos días son regulados normativamente para los funcionarios nada más, y si se quiere aplicar a los trabajadores laborales sólo será mediante su inclusión dentro del convenio colectivo. O incluso permisos o días festivos dentro de una determinada profesión o servicio. Como hay muchos derechos que se consiguen a través de la negociación colectiva en cada ámbito, debemos estar expectante para que nos sea de aplicación aquellos que nos son propios y no por una herencia envenenada de un familiar (sectorial) lejano.

## 7. CONCLUSIÓN

Por tanto, integrando la diferente jurisprudencia existente en diferentes materias, como son principalmente la resolución de esta problemática en la administración pública mediante unificación de la doctrina, y se aplicación a las sociedades mercantiles locales en virtud de la jurisprudencia sobre la aplicación de los principios de acceso al empleo público al sector instrumental, la aplicabilidad en empresas multiservicios, y la imposibilidad de elección de convenio de mutuo acuerdo cuando haya ámbito de aplicación, consideramos que las empresas públicas que no tengan convenio colectivo NO podrán acudir a los convenios sectoriales, sino que estarán a lo determinado en el contrato de trabajo y en el Estatuto de los trabajadores.



Para probar dicha inaplicabilidad del sectorial habrá que estar al caso y acreditar que NO estaba representado en la mesa de negociación del convenio sectorial y que actúa en una posición en el mercado de libre concurrencia sino como medio propio en la prestación de servicios públicos propios.

