



Roj: **STS 2137/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2137**

Id Cendoj: **28079149912020100013**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **18/06/2020**

Nº de Recurso: **2811/2018**

Nº de Resolución: **474/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 3330/2018,**
STS 2137/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2811/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 474/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D^a. María Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 18 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por AENA, SA, representada y asistida por el letrado D. Carlos Goñi Domínguez, contra sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de abril de 2018, recaída en su recurso de suplicación nº 229/2018, que confirmó la sentencia del Juzgado Social 17 Barcelona de fecha 28 de septiembre de 2017



dictada en el procedimiento núm. 696/2016, interpuesto por D^a. Otilia y D^a. Patricia contra AENA, SA en materia de derechos.

Han comparecido como parte recurrida D^a. Otilia y D^a. Patricia, quienes designaron como letrados a D. Carlos Barba Muñoz, D. Luis Ezquerro Escudero y D^a. María Ángeles Ruiz Pérez

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado Social 17 Barcelona de fecha 28 de septiembre de 2017 dictó sentencia en su procedimiento nº 696/2016, en cuyos hechos probados dijo lo siguiente:

" 1º- Las demandantes, Otilia y Patricia trabajan por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada, "Aena SA", en el centro de trabajo del aeropuerto de Barcelona-El Prat, con la categoría profesional de "IC-17-Apoyo Atención a Pasajeros, Usuarios y Clientes" (AAPUC) y antigüedad desde 10.11.10 y 23.11.10, respectivamente.

2º- Desde que empezaron a prestar servicios para la empresa demandada en las fechas indicadas en el ordinal anterior hasta el 31.5.15, las demandantes suscribieron con la empresa demandada una sucesión de contratos de interinidad, a excepción del periodo 1.10.13-31.8.14 en el caso de la señora Consuelo, que se rigió por un contrato de relevo.

3º- El 21.5.15, la señora Consuelo suscribió con la empresa demandada un contrato de trabajo para la "obra o servicio" siguiente:

El objeto del presente contrato es el seguimiento y control del expediente de contratación relativo al cambio de nomenclatura de todas las puertas de embarque de la Terminal T-2, acorde al cambio ya realizado en la nomenclatura del campo de vuelo, hasta la finalización del expediente encargado de la obra, no pudiendo superar el periodo de 3 años.

Dicho contrato empezó a regir el 1.6.15 y es el que está vigente en la actualidad.

Se da por reproducido el contrato en su integridad (folios 63 y 64).

4º- El 29.5.15, la señora Patricia suscribió con la empresa demandada un contrato de trabajo para "obra o servicio" igual al suscrito por la señora Consuelo. Dicho contrato empezó a regir el 1.6.15 y es el que está vigente en la actualidad.

Se da por reproducido el contrato en su integridad (folios 159 a 161).

5º- El 8.1.15, la empresa demandada suscribió con "Ferroser Infraestructuras SA" un contrato cuyo objeto era, según su texto, "cambio de denominación puertas de embarque de terminal T-2" (expediente NUM000 con el mismo título).

6º- La ejecución, por parte de "Ferroser Infraestructuras SA", de los trabajos de cambio de denominación de las puertas de embarque de la terminal T-2 del aeropuerto no ha implicado cambio alguno de funciones para las demandantes. Ambas se han ocupado indistintamente de las necesidades de atención al público derivadas de dicho cambio de denominación, al mismo tiempo que se han ocupado de las restantes necesidades de los usuarios de la terminal.

7º- El 1.9.16, las demandantes presentaron papeleta de conciliación en la SCI. El acto de conciliación se celebró el 26.9.16 con el resultado de "sin efecto".

En la parte dispositiva de dicha sentencia se dijo lo siguiente: "que, estimando totalmente la demanda interpuesta por Consuelo y Patricia contra "Aena SA",

1) debo declarar y declaro que las demandantes son trabajadoras fijas de la empresa demandada con antigüedad desde 10.11.10 (señora Consuelo) y 23.11.10 (señora Patricia);

2) debo condenar y condeno a la empresa demandada a estar y pasar por el anterior pronunciamiento".

SEGUNDO. - AENA, SA interpuso recurso de suplicación frente a la sentencia citada y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia el 5 de abril de 2018, en su recurso de suplicación nº 229/2018, en cuyo fallo dijo lo siguiente: Desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por AENA, S.A. contra la sentencia dictada, en fecha 28 de Septiembre de 2017, por el Juzgado de lo Social nº 17 de los de Barcelona en los autos nº 696/2016, seguidos a instancia de Consuelo y Patricia en materia



de reconocimiento de derecho frente a la mencionada empresa, ahora recurrente, y, en su consecuencia, confirmamos íntegramente la sentencia de instancia.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir y se condena a la empresa recurrente al pago de las costas del recurso, inclusive las del Letrado impugnante de su recurso en la cuantía de seiscientos euros en concepto de honorarios, todo ello a la firmeza de la presente resolución.

TERCERO. - AENA, SA interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia mencionada, en la que denunció la infracción del 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. - Aportó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de mayo de 2010, rec. 6855/2008.

El 11 de junio de 2018 se dictó diligencia de ordenación, en la que se tuvo por recibido el recurso de casación para la unificación de doctrina y se emplazó a las partes para que se personaran ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el plazo de diez días.

El 21 de junio de 2018 como parte recurrida D^a. Otilia y D^a. Patricia, quienes designaron como letrados a D. Carlos Barba Muñoz, D. Luis Ezquerro Escudero y D^a. María Ángeles Ruiz Pérez.

El Ministerio Fiscal emitió su informe en el que interesó la estimación del recurso.

El 30 de enero de 2020 se dictó providencia, mediante la que se designó ponente al Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín y se señaló para votación y fallo el 4 de marzo de 2020, fecha en la que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - 1. - El objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en 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 la condición de fijos de plantilla o, por el contrario, solo cabe declararlos indefinidos no fijos.

2. - La sentencia recurrida, 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 proposición, aunque admite que AENA, SA es una sociedad mercantil pública, encuadrada en el sector público, porque considera que no es una Administración Pública, sino una sociedad mercantil pública sometida a las normas de derecho privado, tanto en su organización como en su actividad, incluida la contratación. - Concluye, por tanto, que "...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".

3. - La sentencia citada de contraste es la dictada por la sala de lo social 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, y revocó en parte la sentencia de instancia, en el sentido de declarar que la relación laboral que vincula a las partes es de carácter indefinido no fijo.

En dicha sentencia se tuvo por probado, que el actor prestaba servicios para la Sociedad Mercantil Estatal Radio Nacional de España SA en la sede de Lleida en las condiciones que allí constan, habiendo declarado la sentencia de instancia la naturaleza laboral de su prestación de servicios y la condición de fijo de plantilla, porque la relación entre las partes se produjo en fraude de ley. Sin embargo, la referencial, en la que la empresa denunció la infracción de la D.A. 1^a 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 regirán 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 regirá, 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. La disposición transitoria 2º de la Ley 17/2006 establece que la Corporación RTVE y las sociedades prestadoras del servicio público, respectivamente, se subrogarán en la misma posición jurídica que ostentaba el Ente Público RTVE, y las Sociedades TVE SA y RNE SA, en las relaciones jurídicas, derechos y obligaciones de naturaleza laboral, convencional o extraconvencional y de Seguridad Social de los trabajadores que se incorporen a las nuevas entidades. Se respetarán en todo caso la categoría profesional, la antigüedad y los derechos económicos adquiridos por el personal mencionado, así como sus derechos sociales. El artículo 15 del Convenio Colectivo aplicable a la entidad regula los procedimientos para adquirir la condición de trabajadores fijos de plantilla: oposición, concurso, concurso-oposición o cualquier otro procedimiento de selección objetiva que se determine. Todo ello comporta que la transformación jurídica operada en el organismo recurrente no puede suponer un cambio en la naturaleza jurídica de la relación laboral que debe seguir siendo indefinida y no fija, como ya ha dicho el Tribunal Supremo, por lo que en este punto el motivo y el recurso deben ser estimados".

3. - El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013) y 17/06/2014 (R. 2098/2013).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

4. - La Sala, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, considera que concurren entre ambas sentencias los requisitos de contradicción, exigidos por el art. 219.1 LRJS, puesto que en ambos casos se trata de trabajadores de sociedades mercantiles públicas, contratados en fraude de ley, que reclaman su condición de trabajadores fijos por dicha razón, habiendo recibido respuestas contradictorias, puesto que la recurrida reconoce el derecho reclamado, mientras que la referencial lo niega, siendo irrelevante que se trate de sociedades mercantiles distintas, puesto que en ambos casos la normativa, que se les aplica específicamente, las encuadra en el sector público estatal.

SEGUNDO. - 1. - AENA, SA denuncia, en su único motivo de casación para la unificación de doctrina, la infracción del 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.

2. - D^a. Otilia y D^a. Patricia se personaron como parte recurrida en el recurso de casación para la unificación de doctrina.

3. - El Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso de casación interpuesto por AENA, SA.



TERCERO. - 1. - La sentencia del TC núm. 8/2015, de 22 enero, distingue dentro del sector público entre el "sector público administrativo" y el "sector público empresarial". Este último incluye las "entidades públicas empresariales" y las "sociedades mercantiles estatales".

2. - El derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad está regulado en el art. 55 del EBEP:

"1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.

2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados [...]".

Como vemos, esta norma no regula el acceso a la función pública sino el acceso al empleo público, que es un concepto más amplio.

3. - La controversia litigiosa radica en determinar si el citado precepto es aplicable a los trabajadores de las sociedades mercantiles estatales. - El art. 2 del EBEP regula su "Ámbito de aplicación":

"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".

Consiguientemente, el EBEP se aplica a las "entidades de derecho público".

4. - Sin embargo, la disposición adicional primera del EBEP amplía el ámbito de aplicación de cuatro preceptos, incluido el citado art. 55 del EBEP: "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".

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.

5. - 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.

CUARTO. - El EBEP diferencia entre "entidades de derecho público" y "entidades del sector público".

a) El art. 90.3 del EBEP menciona expresamente las "entidades de derecho público": "El funcionario declarado en la situación de suspensión de funciones no podrá prestar servicios en ninguna Administración Pública ni en los organismos públicos, agencias, o entidades de derecho público dependientes o vinculadas a ellas durante el tiempo de cumplimiento de la pena o sanción".

b) El art. 85 del EBEP regula las situaciones administrativas de los funcionarios de carrera. Prevé que las Leyes de Función Pública podrán regular otras situaciones administrativas de los funcionarios de carrera, distintas del servicio activo, servicios especiales, servicio en otras Administraciones públicas..., cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: "b) Cuando los funcionarios accedan, bien por promoción interna o por otros sistemas de acceso, a otros cuerpos o escalas y no les corresponda quedar en alguna de las situaciones previstas en este Estatuto, y cuando pasen a prestar servicios en organismos o entidades del sector público en régimen distinto al de funcionario de carrera".

QUINTO. - 1. Las principales referencias normativas en relación con la controversia litigiosa son las siguientes. El art. 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, intitulado: "Sector público estatal", dispone:

"1. A los efectos de esta Ley forman parte del sector público estatal:

a) La Administración General del Estado.

b) El sector público institucional estatal.



2. Integran el sector público institucional estatal las siguientes entidades:

a) Los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los cuales se clasifican en:

1.º Organismos autónomos.

2.º Entidades Públicas Empresariales.

b) Las autoridades administrativas independientes.

c) Las sociedades mercantiles estatales [...]."

2. La disposición adicional 12ª de la derogada Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) establecía en sus dos primeros apartados:

"1. Las sociedades mercantiles estatales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.

2. 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 registrarán por el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación".

3. Aun cuando no resulte aplicable por razones temporales, resulta ilustrativo el examen de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), regula su ámbito subjetivo en su art. 2:

"1. La presente Ley se aplica al sector público que comprende:

[...] d) El sector público institucional.

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 [...]."

El art. 113 de la LRJSP acuerda:

"Las sociedades mercantiles estatales se registrarán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación [...]."

El art. 117.4 de la LRJSP estatuye:

"El personal de las sociedades mercantiles estatales, incluido el que tenga condición de directivo, se registrará 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".

Esta norma prevé expresamente que el personal de estas sociedades mercantiles estatales se registrará por las normas aplicables en función de su adscripción al sector público estatal.

4. El art. 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP) estatuye:

"1. Las disposiciones de este título ("Patrimonio empresarial de la Administración General del Estado") serán de aplicación a las siguientes entidades:

a) Las entidades públicas empresariales [...]

b) Las entidades de Derecho público vinculadas a la Administración General del Estado o a sus organismos públicos cuyos ingresos provengan, al menos en un 50 por ciento, de operaciones realizadas en el mercado.

c) Las sociedades mercantiles estatales, entendiéndose por tales aquellas sobre la que se ejerce control estatal:



1.º Bien porque la participación directa en su capital social de la Administración General del Estado o algunas de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público integran el sector público institucional estatal, incluidas las sociedades mercantiles estatales, sea superior al 50 por 100".

El art. 167 de esta LPAP diferencia:

"1. Las entidades a que se refieren los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo anterior ajustarán la gestión de su patrimonio a esta ley. En lo no previsto en ella, se ajustarán al Derecho privado, salvo en materia de bienes de dominio público en que les serán de aplicación las disposiciones reguladoras de estos bienes.

2. Las entidades a que se refiere el párrafo c) del apartado 1 del artículo anterior ajustarán la gestión de su patrimonio al Derecho privado, sin perjuicio de las disposiciones de esta ley que les resulten expresamente de aplicación".

5. - Finalmente, el art. 18.1.f de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, encuadra en el sector público a:

"f) Las sociedades mercantiles públicas, entendiéndose por tales aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las Administraciones y entidades enumeradas en este artículo sea superior al 50 por ciento. En el sector público estatal se considerarán como tales las reguladas en el artículo 111.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público".

SEXTO. - 1. - En cuanto a la naturaleza de AENA, el Real Decreto 905/1991, de 14 de junio, constituyó el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea y aprobó su Estatuto.

2. - El art. 7 del Real Decreto ley 13/2010, de 3 de diciembre, constituyó la sociedad mercantil estatal "Aena Aeropuertos, SA". La norma explica que se trata de "una sociedad mercantil de las previstas en el artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas".

3. - El Real Decreto ley 8/2014, de 4 de julio, dispuso en su art. 18:

"1. La sociedad mercantil estatal "Aena Aeropuertos, SA", creada en virtud de lo previsto en el art. 7 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre [...] pasa a denominarse Aena, SA.

2. La entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (Aena), creada por el art. 82 de la Ley 4/1990, de 29 de junio de Presupuestos Generales del Estado para 1990, pasa a denominarse ENAIRE".

4. - El I Convenio Colectivo del grupo de empresas AENA acuerda en sus arts. 23.3, 24.2 y 26.1 que el ingreso en las empresas de dicho grupo respetará los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

SÉPTIMO. - 1. No ha habido pronunciamientos uniformes de este Tribunal acerca de la controversia litigiosa. Inicialmente la doctrina jurisprudencial aplicó la condición de trabajador indefinido no fijo a Correos y Telégrafos SAE argumentando que las sociedades anónimas estatales "a pesar de regirse en términos generales por el derecho privado como específicamente recoge la Disposición Adicional 12ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado -LOFAGE- tienen la excepción que en dicha misma Disposición Adicional se recoge cuando dice que les será de aplicación dicho régimen privado "salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, control financiero y contratación"; se trata, en definitiva de entidades que, a pesar de su condición jurídica de S.A. pertenecen al sector público estatal [...] y por lo tanto, como se ha dicho, se rigen para la contratación, y por lo tanto también para la contratación de sus trabajadores por el régimen de contratación de los entes públicos recogidos en los arts. 23 y 103 de la Constitución y desarrollados en la Ley 30/1984, de 2 de agosto [...] o sea por los criterios de "igualdad, mérito y capacidad" acreditados en un proceso público de selección de los legalmente establecidos" (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2007, recurso 3353/2005; 28 de marzo de 2007, recurso 5082/2005; 26 de abril de 2007, recurso 229/2006; y 6 de octubre de 2008, recurso 3064/2007).

2. Asimismo el Tribunal Supremo declaró que la condición de trabajador indefinido no fijo era aplicable a Televisión Española SA o a Radio Nacional de España SA, argumentando que el art. 35.4 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión especificaba que el ingreso en situación de fijo en TVE sólo podía realizarse mediante las correspondientes pruebas de admisión. La disposición adicional duodécima de la LOFAGE disponía que las sociedades mercantiles estatales se regían 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. Esta referencia a la contratación apuntaba a las reglas sobre selección de contratistas, reglas que en el régimen laboral se conectan con los principios de igualdad, mérito y capacidad en la selección de personal. Este Tribunal concluía que, como la sociedad estatal pertenecía al sector público



y en la selección de su personal se aplicaban los mismos criterios que a las Administraciones Públicas, necesariamente debían aplicarse en dicha selección los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, por lo que la contratación irregular de su personal no conducía a la adquisición de firmeza, sino que su relación laboral tendía el carácter de indefinida (sentencias del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2008, recurso 3964/2007; 9 de octubre de 2008, recurso 4029/2007; de octubre de 2008; recurso 1956/2007; 3 de noviembre de 2008, recurso 4619/2006; 19 de enero de 2009, recurso 1066/2007 y 3 de abril de 2009, recurso 773/2007, entre otras).

3. La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2015, recurso 102/2014, en relación con la misma sociedad estatal (AENA), consideró lícita la preferencia en la permanencia reconocida a los trabajadores fijos en caso de movilidad geográfica, argumentando que no se trataba de "la simple distinción entre contratos laborales en atención a su duración. Los términos de comparación no son aquí los contratos por tiempo indefinido y los temporales; sino los trabajadores fijos, respecto de los que no lo son. Nos hallamos ante el específico supuesto del personal laboral que presta servicios en el sector público, en donde la categoría de trabajador "fijo" presenta un matiz adicional relacionado con el proceso de acceso al empleo y con la vinculación a un determinado puesto de trabajo, que excede de la figura del trabajador con contrato indefinido. Es a los trabajadores fijos a los que la cláusula del acuerdo otorga ese primer criterio de permanencia en el destino que ocupan, dejando fuera a quienes no ostenten tal condición. Y resulta imprescindible partir de esta categoría contractual para analizar el alcance de la diferente consideración que se desprende de la regla impugnada".

4. La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2016, recurso 91/2016, calificó a Eusko Irratia SA como parte del sector público. Su norma rectora: la Ley 5/1982, de 20 de mayo y en particular su art. 47.1 establecía que "la selección de personal para el Ente y sus Sociedades se hará mediante convocatoria pública y de acuerdo, con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad". Este Tribunal añadió que la disposición adicional 1ª del EBEP prevé la aplicación de los principios contenidos en sus arts. 52, 53, 54, 55, y 59 a las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidos en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica, llegando a la conclusión favorable a la acogida de la figura del personal laboral indefinido no fijo en el marco de la empresa pública.

OCTAVO. - 1. En sentido contrario, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2014, recurso 2320/2013, negó que el personal laboral de la sociedad mercantil AENA estuviera incluido en la aplicación del EBEP, argumentando que "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". A la misma conclusión llegó la sentencia del Tribunal Supremo de la misma fecha: 18 de septiembre de 2014, recurso 2323/2013.

2. La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015, recurso 172/2014, reitera la distinción entre el "sector público administrativo" y el "sector público empresarial". Y dentro de este último distingue entre las "entidades públicas empresariales", que son "entidades "dependientes de la Administración General del Estado, o de cualquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella" [art. 2.1.c) LGP], que se configuran como "Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propias vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas", quedando sujetas al Derecho administrativo "cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación" [art. 2.2 de la Ley 30/1992, de 26/Noviembre]; y b) las "sociedades mercantiles estatales" a que se refiere el art. 2.1.e) LGP y que "aunque forman parte del sector público empresarial estatal [...] no son Administraciones públicas [art. 2.2 de la Ley 30/1992], de manera que "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".

3. La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2016, recurso 229/2015, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 8/2015, de 22 de enero, sostuvo que la empresa TRAGSA no es subsumible en el concepto amplio de Administración. Afirmó que es una sociedad mercantil estatal, no una entidad pública empresarial. La "contratación" que ha de sujetarse a normas propias del sector público no es la de personal asalariado sino la de obras o servicios. Esta Sala concluyó que las normas del EBEP no son aplicables a las sociedades mercantiles de titularidad pública, por lo que no cabe extender a TRAGSA las normas sobre empleados públicos: "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 del acceso "a la función pública", que es a lo que se contrae el mandato del art. 103.3 CE".

4. Los autos del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2018, recurso 3014/2017; 10 de abril de 2019, recurso 3661/2017; 19 de abril de 2018, recurso 2241/2017; 5 de septiembre de 2019, recurso 4531/2018, entre otros, han inadmitido recursos de casación unificadora en los que se postulaba el acceso a la condición de fijo de plantilla por fraude de ley en la contratación temporal en el ámbito de las sociedades estatales como AENA SA. Esta Sala argumentó la falta de contenido casacional de dicha pretensión invocando la doctrina establecida en las dos sentencias del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2014, recursos 2320/2013 y 2323/2013, con arreglo a la cual la figura del indefinido no fijo no es aplicable a AENA, aunque pertenezca al sector público, porque se trata de una sociedad mercantil estatal cuyo personal laboral está excluido de la aplicación del EBEP. En el mismo sentido se han pronunciado los autos de este Tribunal de 19 de julio de 2018, recurso 234/2018 y 26 de junio de 2108, recurso 90/2018.

5. La sentencia del TC 8/2015, de 22 de enero, explica que las "sociedades mercantiles estatales", aunque forman parte del sector público empresarial estatal, no son Administraciones públicas (art. 2.2 LRJAP), de manera que "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".

NOVENO. - 1. Una posterior reflexión nos ha llevado a concluir con carácter general que la condición de trabajador indefinido no fijo sí que es aplicable a las sociedades mercantiles estatales. La resolución de la controversia litigiosa requiere partir de que AENA no es una Administración pública, ni una entidad de derecho público. Pero el contrato de trabajo indefinido no fijo no se aplica exclusivamente a las Administraciones públicas ni a las entidades de derecho público, sino que también opera en las entidades del sector público en las que el acceso se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 1ª en relación con el art. 55.1 del EBEP. Cuando el EBEP ha querido referirse a las entidades del sector público lo ha hecho así expresamente. La mentada disposición adicional amplía la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad a las "entidades del sector público estatal". Estos principios se aplican a entidades que no están mencionadas en el art. 2 del EBEP. El concepto jurídico "entidad del sector público estatal" incluye entidades privadas que, de conformidad con el art. 2 del EBEP, integran el sector público institucional.

2. La relación laboral indefinida no fija tiene como finalidad salvaguardar los principios que deben observarse en el acceso al empleo público (no solo a la función pública) a fin de evitar que el personal laboral temporal contratado irregularmente por una entidad del sector público adquiera la condición de trabajador fijo en el puesto que venía desempeñando. Para impedirlo, su condición pasa a ser la de trabajador contratado por tiempo indefinido con derecho a ocupar la plaza hasta que se cubra por el procedimiento previsto o se amortice. Dicha finalidad debe cumplirse también en las entidades públicas cuya normativa prevé el acceso respetando los criterios de igualdad, mérito y capacidad.

3. Es cierto que el art. 103 de la Constitución hace referencia al "acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad". Pero el hecho de que la Carta Magna solamente vincule el mérito y la capacidad con el acceso a la función pública no impide que normas con rango legal también puedan exigir el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a empleo público distinto de la función pública, como ha hecho la disposición adicional 1ª en relación con el art. 55.1 del EBEP, ampliando el ámbito de aplicación de dichos principios a fin de evitar que la contratación temporal irregular permita el acceso a la condición de trabajador fijo de estas empresas del sector público. Se trata de salvaguardar el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público en dichas entidades.

DÉCIMO. - Las precedentes consideraciones obligan, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, a estimar el recurso, a casar y anular la sentencia recurrida y a resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar el recurso de suplicación interpuesto por AENA SA, revocando la sentencia de instancia en el sentido de declarar que la relación laboral, que une a las partes, es indefinida no fija. Sin costas en ninguna de las instancias.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de Aeropuertos Españoles de Navegación Aérea SA (AENA SA).



2. - Casar y anular la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de abril de 2018, recaída en su recurso de suplicación 229/2018, que confirmó la sentencia del Juzgado Social 17 Barcelona de fecha 28 de septiembre de 2017 dictada en el procedimiento núm. 696/2016, interpuesto por D^a. Otilia y D^a. Patricia contra AENA, SA en materia de derechos.

3. - Resolver el debate en suplicación, en el sentido de declarar que la relación, que une a las demandantes con AENA, SA, es una relación laboral indefinida no fija.

4. - Sin costas en ninguna de las instancias.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Voto Particular,

discrepante con el fallo, que formula el Magistrado Excmo. Sr. D Antonio V. Sempere Navarro a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo en el recurso de casación para la unificación de doctrina 2811/2018.

De conformidad con lo establecido en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo Voto Particular a la sentencia dictada en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina a fin de explicitar algunos argumentos que sostuve en la deliberación, así como para justificar mi discrepancia con la decisión adoptada.

El presente Voto Particular, que pretende ser conciso para evitar innecesarias reiteraciones, acepta sin reserva los Antecedentes que alberga la sentencia del Pleno, su planteamiento y criterio del problema sobre la contradicción, así como la exposición sobre el contenido de las normas concurrentes. Huelga manifestar que se formula con el máximo respeto a la opinión mayoritaria.

1. Homogeneización de doctrinas de la propia Sala.

Se trata de determinar las consecuencias de que un contrato de trabajo haya sido celebrado en fraude de ley cuando la empresa es un sociedad mercantil encuadrada en el sector público.

Es cierto que esta Sala Cuarta no había mantenido una doctrina uniforme hasta el presente, pero las SSTS 20 octubre de 2015 (rec. 172/2014) y STS 618/2016 de 6 julio (rc. 22972015), referidas a la empresa pública TRAGSA y dictadas por el Pleno de esta Sala Cuarta, debieran haberse tenido como la doctrina finalmente acogida, como de hecho se ha manifestado en algunos Autos dictados en el trámite de inadmisión de recursos de casación unificadora. Ello no obstante, al basarse parte de sus argumentos en el tenor de la derogada Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), y no en la posterior Ley 40/2015, parece razonable que la cuestión se haya vuelto a examinar.

Las conclusiones formuladas allí se resumen del siguiente modo:

1º) 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.

2º) TRAGSA no es una entidad pública empresarial, sino una sociedad mercantil estatal.

3º) La "contratación" que ha de sujetarse a normas propias del sector público no es la de personal asalariado sino la de obras o servicios.

4º) Las normas del EBEP son inaplicables a las sociedades mercantiles de titularidad pública.

5º) Salvo en temas patrimoniales y relacionados con ellos, a esta mercantil se le aplican las mismas normas que a cualquier otra.

6º) Doctrina constitucional y de esta Sala conducen a la misma conclusión: no cabe extender a TRAGSA las normas sobre empleado público.

2. El Estatuto de AENA y similares

A) Doctrina constitucional

La STC 8/2015, de 22 enero ha venido a confirmar las consecuencias de la tipología de entidades públicas que nuestro ordenamiento recoge y que resulta relevante a la hora de encuadrar la naturaleza de TRAGSA.



A) En el sector público ha de distinguirse entre el "sector público administrativo" al que se refiere el art. 3.1 de la Ley general Presupuestaria (LGP) [AGE; Organismos autónomos dependientes y determinadas entidades públicas] y el "sector público empresarial".

B) Dentro del sector público empresarial se encuentran las "entidades públicas empresariales", que "son entidades dependientes de la Administración General del Estado, o de cualquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella" [art. 2.1 c) LGP].

Se trata de "Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propias vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas", quedando sujetas al Derecho administrativo "cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación" [art. 2.2 de la Ley 30/1992, de 26/Noviembre]".

C) También dentro del sector público empresarial están las "sociedades mercantiles estatales" a que se refiere el art. 2.1.e) LGP .

Estas sociedades, "aunque forman parte del sector público empresarial estatal [art. 3.2 b) LGP], no son Administraciones públicas [art. 2.2 de la Ley 30/1992], de manera que "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" [DA 12 LOFAGE y art. 166 Ley 33/2003, de 3/Noviembre]. Estas empresas "dependen mayoritariamente de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales [SEPI]. Son los casos, por ejemplo, de ... la "Empresa de Transformación Agraria" [TRAGSA]"..

B) Doctrina de la Sala.

Nuestra sentencia de 20 octubre de 2015 (rec. 172/2014; Pleno) aborda el tema central que ahora se nos plantea, bien que en orden a la resolución del recurso suscitado respecto del despido colectivo, y sienta una doctrina que reproducimos seguidamente.

· La claridad de la regulación legal -en su exposición por el intérprete constitucional máximo- hace que resulte ociosa cualquier otra consideración, como las efectuadas por la recurrida con apoyo, incluso, de afirmaciones literales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Sala III de este Tribunal Supremo.

· Tales afirmaciones en manera alguna vinculan a esta Sala IV, entre otras razones porque las mismas se hacen en orden a un específico tema de debate -la libre competencia-, y por ello la doctrina sentada no puede surtir eficacia más allá de ese limitado objeto del proceso, que era el relativo a la incidencia que sobre la Ley de Defensa de la Competencia y las Directivas Comunitarias 92/50/CEE [18/Junio], 93/36/CEE [14/Junio] y 93/37/CEE [14/Junio], relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos -de servicios, suministros y obras respectivamente-, pudieran tener las "encomiendas" atribuidas por las AAPP a TRAGSA.

· Y si bien a tales efectos manifestó la Sala III -es cierto- que "las relaciones de TRAGSA y sus filiales con las Administraciones Públicas, en su condición de medio propio y servicio técnico, tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado" (así, SSTs 29/09/00 -rec. 1161/98 -; y 30/01/08 -rec. 548/02 -), esta contundente afirmación no puede sacarse del concreto contexto en el que fue efectuada -libre competencia- ni puede extrapolarse a cuestiones ajenas a aquella materia, tal como derivar de ella consecuencia jurídico-laborales y atribuir a la relación de TRAGSA con sus empleados unos efectos diversos a los que dimanar de disposiciones legales -las arriba citadas y las que se dirán-, que destacan por su claridad, como ya dijimos.

Nuestra citada sentencia de 20 octubre de 2015 (rec. 172/2014; Pleno) aborda el tema central que ahora se nos plantea, bien que en orden a la resolución del recurso suscitado respecto del despido colectivo, y sienta una doctrina que reproducimos seguidamente.

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 , mismo FJ 9.a);

Es reiterado criterio del Tribunal Constitucional que en los contratos laborales no se aplica el art. 23.2 CE (así, SSTC 86/2004, de 10/Mayo , FJ 4 ; 132/2005, de 23/Mayo, FJ 2 ; y 30/2007, de 15/Febrero , FJ 8); Incluso en el ámbito del sector público propiamente "administrativo" se ha mantenido que "el derecho que consagra el art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal" (SSTC 24/1990, de 15/Febrero ; 25/1990/19/Febrero ; 26/1990, de 19/Febrero ; 149/1990, de 1/Octubre ; y 156/1998, de 13/Julio , FJ 3), y que "el rigor con el que operan los principios constitucionales que se deducen de este derecho fundamental no es el mismo según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo", pues en sus vicisitudes "cabe manejar otros criterios



que no guarden relación con estos principios" de mérito y capacidad, "en atención a una mayor eficacia en la prestación de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales" (SSTC 192/1991, de 14/Octubre ; 200/1991, de 28/Octubre ; 293/1993, de 18/Octubre ; 365/1993, de 13/Diciembre ; 87/1996, de 21/Mayo ; y 38/2014, de 11/Marzo FJ 6).

Como puso de relieve la STS 618/2016 de 6 julio (rc. 22972015), las anteriores afirmaciones concuerdan con lo expuesto en la STS 18 septiembre 2104 (rec. 2323/2013): 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 del acceso "a la función pública", que es a lo que se contrae el mandato del art. 103.3 CE. Y añade:

"Tanto el art. 23.2 como el 103.3 de la Constitución se refieren al acceso a la función pública, inaplicables aquí pues se trata de trabajadores que mantienen una relación laboral común con una entidad empresarial con forma societaria. La Constitución solo contempla el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad con respecto a las funciones y cargos públicos. Solo el acceso a las funciones públicas debe regirse igualmente por los principios constitucionales en cuestión.

TRAGSA no está obligada a cumplir con los principios constitucionales de acceso a la función pública, en los términos planteados por el recurso. Desde esa perspectiva, no puede hablarse de un derecho de los ciudadanos (acceder a un empleo en esa entidad) que sea vulnerado por la regulación del convenio".

3. El origen de la construcción doctrinal sobre contratos "indefinidos no fijos".

La categoría de trabajadores indefinidos no fijos, como tantas veces se ha explicado, vino a resolver una compleja concurrencia de preceptos: los que abocan a declarar la fijeza del contrato de trabajo y los que exigen respeto a principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad) para acceder a un empleo fijo en el sector público.

El legislador se ha hecho eco de ella de modo tan impreciso como polémico en el EBEP (pues realmente se quiso contemplar el supuesto del profesorado de Religión, pero sin especificarlo en el texto normativo) y en el ET (Disposición Adicional 15ª: " *el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo*").

4. Las normas en presencia.

Es innecesario reproducir ahora las normas que la sentencia mayoritaria examina. A los efectos de este Voto basta con resaltar lo siguiente:

- a) El artículo 2º del EBEP remite dispone su aplicación a las "entidades de derecho público, mientras que ahora estamos ante una cuya ontología es de derecho Privado.
- b) La Disposición Adicional Primera del EBEP amplía ese radio aplicativo (respecto de determinados principios) a las "entidades del sector público estatal", pero sin mencionar a las sociedades mercantiles o de capital.
- c) Diversas normas precisan que las sociedades mercantiles cuyo capital sea mayoritariamente público pertenecen a ese "sector", lo que no comporta extensión aplicativa de reglas del EBEP.
- d) La Ley 40/2015 (LRJSP), que no viene a alterar las previsiones del EBEP en la materia que nos ocupa dispone que las entidades publicas empresariales seleccionarán a su personal con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 106), pero en esa categoría no están las sociedades mercantiles de titularidad pública.
- e) La LRJSP (art. 117.4) dispone que el personal laboral de las sociedades mercantiles estatales se rige por el derecho laboral "así como por las normas que le sean de aplicación en función de su adscripción al sector público estatal", sin que eso altere la situación preexistente desde la perspectiva que aquí interesa.

5. Argumentación específica.

A la vista de cuanto antecede, en aras de la brevedad, considero conveniente explicitar las conclusiones a que accede mi estudio del tema:

Primera: Una sociedad mercantil cuyo capital pertenece mayoritariamente a sujeto de Derecho Público se integra en el sector público, pero no es una "entidad" en los términos aludidos por las Leyes mencionadas en la sentencia de que discrepo.

Cuando el artículo 2º EBEP habla de "entidades de derecho público" es evidente que no abarca casos como el de la Sociedad Anónima AENA. Y cuando su Adicional Primera se refiere a las "entidades del sector público"



no parece que quiera referirse también a las sociedades mercantiles. Las sociedades con forma de capital no son "entidades", al margen de si pertenecen al sector público. De hecho, la Ley General Presupuestaria (art. 2º), la (hoy derogada) LOFAGE o la LRJSP se refieren expresamente a "las sociedades mercantiles estatales" sin englobarlas en ese concepto de "entidades"; en fin, la LRJSP define las entidades públicas empresariales (art. 103.1) como algo distinto de las sociedades mercantiles cuyo capital sea mayoritariamente público.

Una entidad pública empresarial posee ontología de Derecho Público (art. 103.1 LRSJP) y una sociedad mercantil, aunque se integre en el sector público, posee naturaleza de Derecho Privado.

Segunda: Aunque (en contra de lo anterior) se entendiera que una sociedad mercantil de titularidad pública debe subsumirse en el concepto de "entidad del sector público" y someterse a las exigencias de igualdad, mérito y capacidad, eso no significa que estemos ante aplicación de exigencia constitucional. Sería la Ley, no la Constitución, la fuente de esas exigencias.

Tercera: La gestación del concepto "contrato indefinido no fijo" se justifica por la necesidad de resolver una tensión entre bloques normativos opuestos; en uno de ellos aparecen los principios de igualdad, mérito y capacidad. Cuando el bloque que exige la observancia de los principios de igualdad, mérito y capacidad ya no está integrado por preceptos constitucionales sino de rango legal, el modo de confrontarse ambos no puede ser el mismo que en caso distinto.

Cuarto: La postergación de las consecuencias comunes incorporadas al Estatuto de los Trabajadores para determinados casos (fijeza) y la primacía de otras (indefinitud) afecta al derecho al trabajo (art. 35 CE), a la virtualidad del Estatuto de los Trabajadores (art. 35.2) y a las exigencias de no discriminación (art. 14 CE), sin que en su favor pueda invocarse lo reglado en los artículos 23 y 103 de la Ley Fundamental o en cualesquiera otros.

Quinto: La doctrina por la sentencia de que discrepo acaba prefiriendo una opción hermenéutica que orilla la aplicación de las normas laborales comunes sin una exigencia constitucional o un claro mandato legislativo. La extensión del ámbito subjetivo de la figura del "indefinido no fijo" se hace en perjuicio de quienes trabajan y, a mi entender, sin resortes que así lo justifiquen.

Sexto: Aunque se llegara a la conclusión de que el EBEP y normas concordantes abocan a que jueguen los principios de igualdad, mérito y capacidad para acceso al empleo en las sociedades mercantiles de titularidad mayoritariamente públicas, la consecuencia de infringir esos principios no habría de ser la de impedir la conversión del contrato en fijo, porque falta la palanca supralegal que lo justifique. Son otros muchos los resortes que el ordenamiento contempla para ese caso (sanción a la empresa, responsabilidad de las personas responsables, solicitud de anulación del contrato, etc.) y que no corresponde a este Voto Particular exponer.

6. Conclusión.

A la vista de cuanto antecede, considero que el recurso interpuesto por AENA debiera haberse desestimado.