



Roj: **STS 2129/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2129**

Id Cendoj: **28079149912020100011**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **18/06/2020**

Nº de Recurso: **1911/2018**

Nº de Resolución: **472/2020**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 4229/2017,**
STS 2129/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1911/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 472/2020

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 el Abogado del Estado, en nombre y representación de Aeropuertos Españoles de Navegación Aérea SA (AENA SA) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en fecha 29 de diciembre de 2017, en recurso de suplicación nº 1277/2017, interpuesto contra la



sentencia de fecha 26 de junio de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de Arrecife, en autos nº 534/2016, seguidos a instancia de D. Balbino contra AENA SA, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Balbino, representado y asistido por la letrada D^a. Teresa de Jesús Martín de León.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de junio de 2017, el Juzgado de lo Social número Tres de Arrecife, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "ESTIMO la demanda interpuesta por DON Balbino frente a AEROPUERTOS ESPAÑOLES DE NAVEGACIÓN AÉREA S.A. (AENA S.A) en materia de reconocimiento de derechos, DECLARO el derecho de DON Balbino a ser reconocido como personal laboral fijo de AEROPUERTOS ESPAÑOLES DE NAVEGACIÓN AÉREA S.A., con antigüedad de 3 de septiembre de 2007, y CONDENO a la parte demandada a estar y pasar por la anterior declaración".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- El demandante, D. Balbino, como integrante de la bolsa de candidatos en reserva para contrataciones temporales y fijas constituida a partir de la convocatoria de 619 plazas para los niveles C al F, de 15 de febrero de 2006, para la ocupación de ICI 0-Técnico de Equipamiento y Salvamento: Bombero, con destino en el Aeropuerto de Lanzarote, celebró con la parte demandada, Aena Aeropuertos S.A., los siguientes contratos:

1.- Del 3 de septiembre al 30 de septiembre de 2007 - Contrato de duración determinada, por interinidad: con el objeto sustituir temporalmente a Don Donato, perteneciente a la ocupación de Técnico de Equipamiento y Salvamento y adscrito al centro de trabajo de Lanzarote, que se encuentra en situación de cambio temporal de ocupación.

El Director del Aeropuerto de Lanzarote resolvió el 16 de octubre de 2007, que el trabajador Don Donato, ocupara el puesto de Coordinador de Equipamiento y Salvamento, con efectos del 3 al 30 de septiembre de 2007, y finalizado este periodo se incorporara a su puesto de origen.

2.- Del 1 de octubre al 31 de octubre de 2007 - Contrato de duración determinada, por interinidad: con el objeto sustituir temporalmente a Don Eloy, perteneciente a la ocupación de Técnico de Equipamiento y Salvamento y adscrito al centro de trabajo de Lanzarote, que se encuentra en situación de cambio temporal de ocupación.

El Director del Aeropuerto de Lanzarote resolvió el 13 de noviembre de 2007, que el trabajador Don Eloy, ocupara el puesto de Coordinador de Equipamiento y Salvamento, con efectos del 5 al 31 de octubre de 2007, y finalizado este periodo se incorporara a su puesto de origen.

3.- Del 1 de noviembre al 31 de diciembre de 2007 - Contrato de duración determinada, por interinidad: con el objeto sustituir temporalmente a Don Eulalio, perteneciente a la ocupación de Técnico de Equipamiento y Salvamento y adscrito al centro de trabajo de Lanzarote, que se encuentra en situación de cambio temporal de ocupación.

El Director del Aeropuerto de Lanzarote resolvió el 13 de noviembre de 2007, que el trabajador Don Eulalio, ocupara el puesto de Coordinador de Equipamiento y Salvamento, con efectos del 1 de noviembre al 31 de diciembre de 2007, y finalizado este periodo se incorporara a su puesto de origen.

4.- Del 22 de mayo de 2008 - Contrato de duración determinada, por interinidad: con el objeto cubrir temporalmente un puesto de trabajo correspondiente a la ocupación de Técnico de Equipamiento y Salvamento, según Convenio Colectivo, en el Aeropuerto de Lanzarote, cuya cobertura definitiva ha sido autorizada por acuerdo de la Directora de Org. Y RRHH con motivo de la jubilación de Don Feliciano, durante la duración del proceso selectivo y hasta la fecha en que se produzca la incorporación efectiva al puesto de trabajo del trabajador seleccionado.

Consta la jubilación definitiva de Don Feliciano.

5.- Del 1 de enero al 29 de febrero de 2008 - Contrato de duración determinada, por interinidad: con el objeto sustituir temporalmente a Don Fidel, perteneciente a la ocupación de Técnico de Equipamiento y Salvamento y adscrito al centro de trabajo de Lanzarote, que se encuentra en situación de cambio temporal de ocupación.

El Director del Aeropuerto de Lanzarote resolvió el 28 de enero de 2008, que el trabajador Don Fidel, ocupara el puesto de Coordinador de Equipamiento y Salvamento, con efectos del 1 de enero al 29 de febrero de 2008, y finalizado este periodo se incorporara a su puesto de origen.



6.- Del 1 de marzo al 30 de abril de 2008 - Contrato de duración determinada, por interinidad: con el objeto sustituir temporalmente a Don Eloy , perteneciente a la ocupación de Técnico de Equipamiento y Salvamento y adscrito al centro de trabajo de Lanzarote, que se encuentra en situación de cambio temporal de ocupación.

El Director del Aeropuerto de Lanzarote resolvió. el 1 de abril de 2008, que el trabajador Don Eloy , ocupara el puesto de Coordinador de Equipamiento y Salvamento, con efectos del 1 de marzo al 30 de abril de 2008, y finalizado este periodo se incorporara a su puesto de origen.

7.- Del 1 de mayo al 30 de junio de 2008 - Contrato de duración determinada, por interinidad: con el objeto sustituir temporalmente a Don Geronimo , perteneciente a la ocupación de Técnico de Equipamiento y Salvamento y adscrito al centro de trabajo de Lanzarote, que se encuentra en situación de cambio temporal de ocupación.

El Director del Aeropuerto de Lanzarote resolvió el 1 de mayo de 2008, que el trabajador Don Geronimo , ocupara el puesto de Coordinador de Equipamiento y Salvamento, con efectos del 1 de mayo al 30 de junio de 2008, y finalizado este periodo se incorporara a su puesto de origen.

8.- Contrato de trabajo de relevo, del 28 de noviembre de 2008 al NUM000 de 2011, fecha en la que Don Nemesio , jubilado parcial, cumplía la edad de 65 años.

Don Nemesio suscribió con Aena SA el 4 de diciembre de 2008 un contrato de trabajo de duración determinada por el que redujo su salario y jornada en un 85% por acceder a la situación de jubilación parcial.

9.- Contrato de trabajo de duración determinada de 21 de octubre de 2011 para cubrir temporalmente un puesto de trabajo correspondiente a la ocupación de ICI 0-Técnico de Equipamiento y Salvamento: Bombero, según Convenio Colectivo, en el Aeropuerto de Lanzarote, cuya cobertura definitiva ha sido autorizada por acuerdo de la Directora de Organización y RRHH de fecha 23 de marzo de 2011, durante el periodo de duración del procedimiento selectivo y hasta que se produzca la incorporación efectiva al puesto de trabajo del trabajador seleccionado.

Consta la propuesta de cobertura de la plaza por la jubilación definitiva de Don Primitivo y su adjudicación a Don Ricardo .

10.- Contrato de trabajo de duración determinada de 21 de octubre de 2011 para cubrir temporalmente un puesto de trabajo correspondiente a la ocupación de ICI 0-Técnico de Equipamiento y Salvamento: Bombero, según Convenio Colectivo, en el Aeropuerto de Lanzarote, cuya cobertura definitiva ha sido autorizada por acuerdo de la Dirección de Organización y Recursos Humanos, de 25 de enero de 2012, durante el periodo de duración del procedimiento selectivo y hasta que se produzca la incorporación efectiva al puesto de trabajo del trabajador seleccionado.

Consta la propuesta de cobertura de la plaza por excedencia voluntaria por incompatibilidades, de Don Santiago y su adjudicación a Don Serafin .

11.- Contrato de trabajo de duración determinada de 30 de junio de 2013 para sustituir temporalmente al trabajador Don Sixto , perteneciente a la ocupación de ICI 0-Técnico de Equipamiento y Salvamento: Bombero, en el Don Sixto una comisión de servicio no indemnizable al Aeropuerto de Gran Canaria. que se encuentra en situación de comisión de servicio no indemnizable, con derecho a la reserva del puesto de trabajo.

La Directora de Organización y Recursos Humanos de Aena SA en fecha 12 de junio de 2013, resolvió conceder a Don Sixto una comisión de servicio no indemnizable al Aeropuerto de Gran Canaria.

12.- Contrato de trabajo temporal de 20 de enero de 2015, para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción, para su cobertura definitiva.

Consta la propuesta de cobertura de la plaza por traslado definitivo de Don Sixto al Aeropuerto de Gran Canaria, y la renuncia del actor a partir del 1 de mayo de 2015 por aceptar un contrato de obra o servicio determinado con la misma ocupación con Aena SA en el Aeropuerto de Lanzarote.

(Hecho probado conforme a los documentos no 1a 12 y 18 del ramo de prueba de la parte actora y documentos n0 3 a 14 del ramo de prueba de Aena SA).

SEGUNDO.- Mediante escrito de 23 de abril de 2015, el actor comunicó a la entidad demandada que renunciaba al contrato temporal que tenía suscrito en aquel momento por aceptar un contrato de obra o servicio determinado en la ocupación IC10 Técnico Equipamiento y Salvamento- Bombero, en el Aeropuerto de Lanzarote con Aena.

(Hecho probado conforme al documento NO 14.2 del ramo de prueba de Aena SA).



TERCERO.- El actor suscribió con Aena SA un contrato de trabajo temporal el 1 de mayo de 2015, en su modalidad de obra o servicio determinado, cuyo objeto fue "realizar las tareas propias de su ocupación durante el periodo de certificación del Aeropuerto y su implantación (Planes de acción Correctivos derivados de la misma) con una duración no superior a tres años".

(Hecho probado conforme a documento NO 15 del ramo de prueba de Aena SA).

CUARTO.- En su informe de vida laboral el actor figura dado de alta como trabajador de Enaire desde el 3 de septiembre de 2007 al 7 de junio de 2011.

(Hecho probado conforme al documento NO 14 del ramo de prueba de la parte actora).

QUINTO.- El Reglamento N O 139/2014 de la Comisión de 12 de febrero de 2014 impone a los Estados Miembros la expedición de una serie de certificados relativos a los aeródromos de conformidad con -el con el Reglamento N O 216/2008, del Parlamento Europeo y el Consejo.

(Hecho probado conforme al documento N O 16 del ramo de prueba de Aena SA).

SEXTO.- En el cumplimiento de las exigencias para la obtención de los certificados exigidos por el Reglamento N O 139/2014 de la Comisión intervienen todos los bomberos destinados en el Aeropuerto de Lanzarote con independencia del tipo de vínculo contractual que les una con Aena SA, y sin que dicho proceso haya supuesto la realización de tareas distintas a las que venían realizado con anterioridad.

(Hecho probado conforme a [a testifical de Don Luis Francisco y. Don Jesús Manuel).

SÉPTIMO.- La parte actora presentó papeleta de conciliación ante el SEMAC el 10 de febrero de 2017, celebrándose el preceptivo acto conciliatorio en fecha 20 de febrero de 2017 el mismo concluyó con el resultado de "intentado sin efecto".

(Hecho probado conforme a la documentación obrante en autos)".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por el Abogado del Estado, en representación de Aena SA, se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia en fecha 29 de diciembre de 2017, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por AENA AEROPUERTOS S.A. contra la Sentencia 000167/2017 de 26 de junio de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social N ° 3 de Arrecife sobre Derechos, la cual confirmamos íntegramente".

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria, por el Abogado del Estado, en representación de Aena SA, se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 11 de septiembre de 2009 (recurso 2988/2009).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar procedente el recurso. Por providencia de fecha 30 de enero de 2020 y por necesidades de servicio se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Molins García- Atance, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 4 de marzo de 2020.

SEXTO.- Por providencia de 4 de marzo de 2020 y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto se suspendió el señalamiento acordado, se convocó a todos los magistrados de esta Sala y se fijó un nuevo señalamiento para la votación y fallo para el día 22 de abril actual en Pleno.

SÉPTIMO.- Por providencia de 11 de mayo de 2020, y por las especiales circunstancias y necesidades de servicio, se suspendió nuevamente el señalamiento acordado para el día 22 de abril de 2020, trasladando el mismo para el Pleno señalado para el día 17 de junio de 2020, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El debate suscitado en este recurso de casación se centra en determinar si la condición de "trabajador indefinido no fijo" es aplicable a las sociedades mercantiles estatales. La sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria en fecha 29 de diciembre de 2017, recurso 1277/2017, confirma la dictada por el Juzgado de lo Social, que había



estimado la acción de declaración de derechos interpuesta por un trabajador de AENA SA contra esta mercantil, reconociéndole la condición de personal laboral fijo.

2. El Abogado del Estado recurre en casación para la unificación de doctrina solicitando que se declare que el actor tiene la condición de trabajador indefinido no fijo.

3. En el escrito de impugnación del recurso de casación para la unificación de doctrina se alega que AENA es una sociedad mercantil estatal que se rige por el ordenamiento jurídico privado, por lo que no se le aplica la condición de trabajador indefinido no fijo, la cual se limita a las Administraciones públicas. El Ministerio Fiscal informó en el sentido de considerar procedente el recurso.

SEGUNDO.-1. El art. 219 de la LRJS 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 (excepto en el 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 Social del TS. 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".

2. 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 (por todas, sentencias del TS de 10 de septiembre de 2019, recurso 2491/2018; 6 de noviembre de 2019, recurso 1221/2017 y 12 de noviembre de 2019, recurso 529/2017).

TERCERO.-1. La parte recurrente invoca como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 11 de septiembre de 2009, recurso 2988/2009. Dicha sentencia declaró nulo el despido de una trabajadora que había interpuesto una demanda reclamando que se declarase la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, siendo despedida por la empleadora. La sentencia referencial aplica la condición de trabajador indefinido no fijo a la sociedad mercantil estatal TVE SA.

2. La sentencia recurrida y la referencial no enjuician controversias idénticas. En la recurrida se ejercita una acción declarativa solicitando que se declare el derecho del demandante a ser considerado trabajador fijo por haberse suscrito varios contratos temporales en fraude de ley. En la referencial se ejercita una acción de despido, postulando que se declare la existencia de una cesión ilegal. Además las sociedades demandadas son distintas: AENA y TVE SA. Pero ello no altera el núcleo esencial de la contradicción, centrado en si la condición de trabajador indefinido no fijo se aplica a una sociedad mercantil estatal. La sentencia recurrida lo niega mientras que la sentencia de contraste atribuye a la actora la condición de trabajadora indefinida no fija. Ambas entidades demandadas son sociedades mercantiles estatales, por lo que concurre el presupuesto procesal de contradicción exigido por el art. 224 de la LRJS.

CUARTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina se formula un único motivo al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS), en el que denuncia la infracción del art. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET); de la disposición adicional primera y del art. 55 del Estatuto Básico del Empleo Público (en adelante EBEP); de los arts. 7.1 y 8.d) del Real Decreto-ley 13/2010; del art. 18 del Real Decreto-ley 8/2014; del art. 2 de la Orden FOM/1525/2011; del art. 63 del Estatuto del Ente Público AENA; y de los arts. 23.3, 24.1 y 26.1 del I Convenio Colectivo del Grupo Aena en relación con los arts. 37.1 de la Constitución y 82.1 y 3 del ET, alegando que el ingreso en AENA debe respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad, por lo que el actor tiene la condición de trabajador indefinido no fijo, no la de fijo de plantilla.

QUINTO.- 1. La sentencia del Tribunal Constitucional número 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 [...].

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".

El EBEP se aplica a las "entidades de derecho público".

4. 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".

Aun cuando el EBEP no es aplicable con carácter general a las entidades del sector público estatal que no están incluidas en su art. 2, sí que serán aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

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.

SEXTO.- 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 concorra 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".

SÉPTIMO.- 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). Dicha norma 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".

OCTAVO.- 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.

NOVENO.- 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 TS 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 TS 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 fijeza, sino que su relación laboral tendía el carácter de indefinida (sentencias del TS de 24 de julio de 2008, recurso 3964/2007; 9 de octubre de 2008, recurso 4029/2007; 9 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 TS de 31 de marzo de 2015, recurso 102/2014, en relación con la misma sociedad mercantil 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 TS de 23 de noviembre de 2016, recurso 91/2016, calificó a Eusko Irratia SA como parte el 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.

DÉCIMO.- 1. En sentido contrario, la sentencia del TS 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 TS de la misma fecha: 18 de septiembre de 2014, recurso 2323/2013.

2. La sentencia del TS (Pleno) 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 TS de 6 de julio de 2016, recurso 229/2015, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional número 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. La sentencia del Tribunal Constitucional 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".

UNDÉCIMO.- 1. 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.

DUODÉCIMO.- 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 en parte el recurso de suplicación interpuesto por AENA SA, revocando la sentencia de instancia. Se desestima la pretensión principal de la demanda interpuesta por D. Balbino frente a AENA SA, denegando el reconocimiento como personal laboral fijo de la demandada. Se estima la pretensión subsidiaria de que se le declare trabajador indefinido no fijo. Sin pronunciamiento sobre costas (art. 235 de la LRJS). Se acuerda la devolución de los depósitos para recurrir.

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 la 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 Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria en fecha 29 de diciembre de 2017, recurso 1277/2017.
3. Resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar en parte el recurso de tal clase interpuesto por AENA SA, revocando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de Arrecife en fecha 26 de junio de 2017, autos número 534/2016. Desestimamos la pretensión principal de la demanda interpuesta por D. Balbino frente a AENA SA, denegando el reconocimiento como personal laboral fijo de la demandada. Se estima la pretensión subsidiaria de que se le declare trabajador indefinido no fijo.
4. Sin pronunciamiento sobre costas. Se acuerda la devolución de los depósitos para recurrir.

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 1911/2018.

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 una 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 applicativa 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ