



Roj: **STSJ CAT 3330/2018 - ECLI:ES:Tsjcat:2018:3330**

Id Cendoj: **08019340012018102261**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **05/04/2018**

Nº de Recurso: **229/2018**

Nº de Resolución: **1971/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MIGUEL ANGEL SANCHEZ BURRIEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2016 - 8032200

RM

Recurso de Suplicación: 229/2018

ILMO. SR. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL

ILMO. SR. AMADOR GARCIA ROS

ILMO. SR. FÉLIX V. AZÓN VILAS

En Barcelona a 5 de abril de 2018

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. **1971/2018**

En el recurso de suplicación interpuesto por AENA,S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 17 Barcelona de fecha 28 de septiembre de 2017 dictada en el procedimiento Demandas nº 696/2016 y siendo recurridas Luz y Marta , ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Reclam. derechos contrato trabajo, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 28 de septiembre de 2017 que contenía el siguiente Fallo:

"que, estimando totalmente la demanda interpuesta por Luz y Marta 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 Luz) y 23.11.10 (señora Marta);



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

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" 1º- Las demandantes, Luz y Marta , 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 Luz , que se rigió por un contrato de relevo.

3º- El 21.5.15, la señora Luz 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 Marta suscribió con la empresa demandada un contrato de trabajo para "obra o servicio" igual al suscrito por la señora Luz . 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 BCN 766/14 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". "

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, Aena S.A., que formalizó dentro de plazo, y que las partes contrarias, a las que se dió traslado impugnaron, Luz y Nuria Esther Martínez Pareja, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que estimando la demanda interpuesta por las trabajadoras Luz y Marta contra la empresa pública AENA, S.A., declara que las demandantes son trabajadoras fijas de la empresa, con antigüedad de 10.11.10 y 23.11.10, respectivamente, condenando a AENA, S.A. a estar y pasar por dicha declaración, interpone, ahora, la empresa recurso de suplicación que articula en base a dos motivos, debidamente amparados en las letras b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con finalidad de revisar los hechos declarados probados y examinar las normas sustantivas aplicadas; recurso que ha sido impugnado de contrario.

SEGUNDO.- En trámite de revisión de los hechos declarados probados, en base a los documentos que designa, interesa adicionar al relato fáctico un nuevo hecho bajo ordinal sexto bis, del siguiente tenor literal:

" **SEXTO BIS.-** AENA, S.A. es una sociedad mercantil estatal con forma anónima participada mayoritariamente (en un 51%) por el Estado a través la entidad pública ENAIRE que forma parte de la Administración del Estado ".

De conformidad a los criterios jurisprudenciales sobre la revisión de los hechos declarados probados el motivo no se acoge pues lo que se postula adicionar resulta intrascendente para la modificación del fallo de instancia al no resultar controvertido que la entidad AENA, SA. es una sociedad mercantil estatal, y razones de economía



procesal impiden que sean acogidos los errores fácticos denunciados -en el caso de autos, tampoco se denuncia un error-, que carezcan de trascendencia pues su acogida a nada práctico conduciría.

TERCERO.- En el motivo destinado a la censura jurídica de la sentencia denuncia la Entidad pública recurrente la infracción por la sentencia de instancia de lo establecido en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución Española, el artículo 18 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2.017, los artículos 111 y 113 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, artículos 23, 24 y 26 del I Convenio Colectivo del Grupo AENA, el artículo 63 del Estatuto de creación de AENA, y la Disposición Adicional Primera y artículo 55 del RDL 5/2015, de 30 de octubre, por la que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto del Empleado Público (EBEP).

Entiende la recurrente que, tras la declaración de fraudulencia en la contratación y su indefinición, las demandantes no adquieren, como pretendieron en la demanda y la sentencia reconoció, la condición de fijos de plantilla, sino que la relación que las actoras ostentan en la empresa es la de trabajadoras indefinidas no fijas, vulnerándose por la sentencia de instancia los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público que son de aplicación a AENA, de acuerdo con los artículos 23.3 y 24.1 del I Convenio Colectivo del Grupo AENA y 63 de su Estatuto de creación. Si bien entiende que la Disposición Adicional Primera del Estatuto Público del Empleado Público (EBEP) no resulta de aplicación directa los trabajadores de AENA, sí entiende que son de aplicación los principios que establece el propio convenio colectivo por pertenecer al sector público empresarial.

La cuestión ha sido resuelta sentencia por la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 06/07/2016 (RJ 2016, 3770) en el recurso de casación para unificación de doctrina núm. 229/2015, que aunque referido a la empresa TRAGSA, es plenamente aplicable al caso que nos ocupa. De dicha sentencia conviene traer a colación algunos pasajes:

" A) La Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) dedica su Disposición Adicional Duodécima a las Sociedades mercantiles estatales, y sus dos primeros apartados poseen el siguiente tenor:

1. Las sociedades mercantiles estatales se regirán 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 regirán 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.

B) La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas dedica su Título VII al Patrimonio empresarial de la Administración General del Estado.

En su artículo 166.2 reitera que las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, se regirán por el presente título 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.

C) En su versión vigente al momento de plantearse la demanda, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, identifica su ámbito aplicativo en su artículo 2º, cuyo apartado 1 menciona a la Administración General del Estado, así como a "los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas".

D) Mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Su artículo 3º sitúa dentro del sector público tanto a las entidades públicas empresariales cuanto a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las Administraciones Públicas sea superior al 50 por 100. Pero en su apartado 2 relaciona los entes que "tendrán la consideración de Administraciones Públicas" y entre ellos no aparecen las sociedades mercantiles.

La STC 8/2015, de 22 enero (RTC 2015, 8) ha venido a confirmar las consecuencias de la tipología de entidades públicas que nuestro ordenamiento recoge:



A) En el sector público ha de distinguirse entre el «sector público administrativo» al que se refiere el art. 3.1 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)».....

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.

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

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

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

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

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

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 (RTC 2004, 86), FJ 4 ; 132/2005, de 23/Mayo (RTC 2005, 132), 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 (RTC 1990 , 24); 25/1990/19/Febrero (RTC 1990 , 25); 26/1990, de 19/Febrero (RTC 1990 , 26); 149/1990, de 1/Octubre (RTC 1990, 149); y 156/1998, de 13/Julio (RTC 1998, 156), 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 (RTC 1991 , 192); 200/1991, de 28/Octubre (RTC 1991 , 200); 293/1993, de 18/Octubre (RTC 1993 , 293); 365/1993, de 13/Diciembre (RTC 1993 , 365); 87/1996, de 21/Mayo (RTC 1996, 87) ; y 38/2014, de 11/Marzo (RTC 2014, 38) FJ 6).

Esas afirmaciones concuerdan con lo expuesto en la STS 18 septiembre 2014 (RJ 2014, 5218) (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 .

Consideraciones del Tribunal;



A) 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.

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

Es claro que tales criterios son extrapolables a la aquí empresa demandada y recurrente AENA S.A., y así lo ha entendido, entre otros, el Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, en la sentencias de 20/05/2016 (AS 2016, 1051), 30.01.17 (AS 2017/807), 22.12.17 (rollo de suplicación núm. 1290/17) y 26.01.18 (rollo de suplicación (1351/17), confirmando que no nos encontramos ante la Administración Pública, sino ante una sociedad mercantil pública sometida a las normas de derecho privado, tanto en su organización como en su actividad, incluida la relativa a la contratación laboral. En la sentencia citada del TSJ de Islas Canarias, de 20/05/2016 (AS 2016, 1051) se recuerda el contenido de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 18 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 5218) en la que se discutía sobre la condición del personal laboral de AENA a efectos de aplicársele la doctrina relativa a los trabajadores indefinidos no fijo de las AAPP, quedando claro 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.

De otra parte, debe señalarse que no obstante lo que se establece en los artículos 111.1 y 113 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, es lo cierto que la Disposición Final decimoctava establece que la entrada en vigor se producirá al año de su publicación en el BOE, es decir, en octubre de 2016, por lo que siendo así que la relación laboral de las actoras se inicia en el año 2010 y que la demanda se formula en fecha septiembre/2016, debe mantenerse el criterio jurisprudencial aplicado en esta nuestra resolución sin modificación alguna, todo lo cual comporta que deba desestimarse el recurso de suplicación interpuesto por la empresa AENA, S. A. con confirmación de la sentencia de instancia.

CUARTO.- Desestimado el recurso de la empresa AENA, S. A. debe acordarse la pérdida del depósito constituido para recurrir, al tiempo que procede la imposición a la recurrente de las costas devengadas en este trámite, que incluirán los honorarios del Abogado impugnante de su recurso, que la Sala fija en la cantidad de seiscientos euros, todo ello, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 204.4 y 235.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

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 Luz y Marta, 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.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.



Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.