



Roj: **STS 2777/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2777**

Id Cendoj: **28079140012021100632**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2021**

Nº de Recurso: **1607/2020**

Nº de Resolución: **695/2021**

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

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ EXT 1112/2020,**
STS 2777/2021

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1607/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 695/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 30 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Canal de Isabel II, S.A., representada por la Procuradora Sra. Morano Masa y defendida por Letrado, contra la sentencia nº 107/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 20 de febrero de 2020, en el recurso de suplicación nº 62/2020, interpuesto frente a la sentencia nº 235/2019 de 13 de diciembre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Cáceres, en los autos nº 198/2019, seguidos a instancia de D. Juan Pablo contra dicha recurrente, sobre declaración de derechos.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Juan Pablo, representado y defendido por el Letrado Sr. Enriquez Palomino.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de diciembre de 2019, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Cáceres, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Estimando en parte la demanda interpuesta por Juan



Pablo contra Canal de Isabel II y en virtud de lo que antecede, declaro que la relación que les liga es indefinida no fija con todas sus consecuencias legales y efectos del 11/5/2006".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

"1º.-La parte actora en el presente procedimiento Juan Pablo viene prestando sus servicios profesionales para el demandado, las partes suscribieron los sucesivos contratos que constan. El primero de fecha 7/5/05 a 6/11/05 eventual por circunstancias de producción, el segundo de la misma naturaleza de 11/11/05 a 10/5/06 y los siguientes de obra o servicio determinados que constan. Se tienen aquí por reproducidos los citados contratos.

2º.- Se tiene aquí por reproducido el expediente administrativo".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, dictó sentencia con fecha 20 de febrero de 2020, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Juan Pablo contra la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2019, dictada en autos número 198/2019, seguidos ante el Juzgado de lo Social número 2 de Cáceres, por el recurrente frente al Canal de Isabel II Gestión, S.A., revocamos la citada resolución para, estimando íntegramente la demanda interpuesta, declarar que la relación que une a las partes en litigio es indefinida, con efectos de fecha 7 de mayo de 2005, condenando a la demandada a estar y pasar por la precedente declaración".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, la Procuradora Sra. Morano Masael, en representación de la empresa Canal de Isabel II, S.A., mediante escrito de 2 de abril de 2020, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife) de 26 de junio de 2018 (rec. 1044/2017). SEGUNDO.- Se alega la infracción de la disposición adicional 1ª del EBEP en relación con el art. 55 del mismo y con los arts. 23.2 y 103.3 CE, art. 15.3 ET.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 18 de diciembre de 2020 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 30 de junio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate casacional.

De nuevo accede a nuestro conocimiento un asunto en el que la representación de una entidad societaria del sector público suscita el tema de si el contrato de trabajo del personal a su servicio se transforma en fijo o, por el contrario, en indefinido no fijo (PINF) cuando se aprecia que concurre fraude en la contratación temporal o anomalías en su desarrollo.

1. Pretensión formulada.

El actor viene prestando servicios profesionales para la demandada habiéndose suscrito entre las partes sucesivos contratos, siendo los dos primeros (mayo de 2005 y noviembre de 2005) de naturaleza eventual por circunstancias de la producción y los siguientes de obra o servicio determinado.

El trabajador reclama en su demanda que se le reconozca la condición de trabajador indefinido fijo y la antigüedad de 7 de mayo de 2005.

2. Sentencias recaídas en el procedimiento.

A) Mediante su sentencia 235/2019 de 13 diciembre el Juzgado de lo Social nº 2 de Cáceres estima en parte la demanda del trabajador contra el Canal de Isabel II.

Declara que los contratos para obra o servicio celebrados son fraudulentos y que la relación que une a las partes es indefinida no fija. Retrotrae la antigüedad al momento de celebrarse el primero de tales contratos (11 mayo 2006) pues los dos anteriores, de carácter eventual, los considera ajustados a Derecho.



B) Mediante su sentencia 107/2020 de 20 febrero la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura estima los dos motivos del recurso de suplicación (rec. 62/2020) interpuesto por el trabajador.

Con cita de diversas sentencias considera que la cuestión que se plantea está suficientemente esclarecida por la jurisprudencia de esta Sala Cuarta incluyendo la de 10 de diciembre de 2019 (rcud. 570/2019)- La construcción del PINF es ajena a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, pues no están obligadas a cumplir con los principios constitucionales del acceso a la función pública, al tratarse de trabajadores que mantienen una relación laboral común, con una entidad empresarial con forma societaria. Por lo tanto, el contrato debe considerarse de carácter indefinido, sin referencia a la ausencia de fijeza.

Asimismo, con cita de diversa doctrina unificada sobre la unidad esencial del vínculo, concluye que la antigüedad debe retrotraerse al momento de celebración del primero de los contratos, sin que a ello sea óbice su validez. Subraya que entre el primero y el segundo solo mediaron cuatro días, mientras que entre el segundo y el tercero no hubo solución de continuidad.

2. Recurso de casación unificadora.

Disconforme con la solución alcanzada por la Sala de segundo grado, la empleadora formaliza su recurso de casación para la unificación de doctrina, centrando el núcleo de la contradicción en la determinación del carácter que ha de tener una relación laboral declarada en fraude de ley respecto de un trabajador al servicio de una empresa mercantil pública.

El recurso, fechado el 2 de abril de 2020, denuncia la errónea interpretación de la DA Primera del EBEP en relación con su art. 55, y los arts. 23.2 y 103.3 CE en relación con el art. 15.3 ET.

Digamos ya que el debate acerca de la fecha de antigüedad que se reconoce al trabajador ha quedado al margen y firme, por tanto, el pronunciamiento de la sentencia de suplicación. La relación que une a las partes litigantes debe reconocerse con efectos 7 de mayo de 2005, a tenor de lo resuelto en suplicación.

4. Impugnación del recurso.

Con fecha 26 de enero de 2021 el Abogado y representante del trabajador suscribe el escrito de impugnación al recurso. Invoca la jurisprudencia unificada conforme a la cual "la construcción del indefinido no fijo es inaplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, pues están obligadas a cumplir con los principios constitucionales del acceso a la función pública, que es a lo que se contrae el mandato del art. 103.3 CE", mientras que aquí se debate sobre trabajadores que mantienen una relación laboral común con una entidad empresarial con forma societaria.

5. Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 1 de marzo de 2021 la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS, a favor de la procedencia del recurso.

Considera que existe contradicción entre las sentencias y que la doctrina unificada sentada respecto de AENA es trasladable al caso, como ya se ha dicho por la Sala Cuarta mediante Auto de 15 diciembre 2020 (rcud. 113/2020).

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

1. El presupuesto del artículo 219.1 LRJS .

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre las sentencias comparadas. Aunque no se requiere una identidad absoluta, sí es preciso 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". 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.

2. Sentencia referencial.

El recurso invoca, a efectos de comparación, la STSJ Canarias (Tenerife) de 26 de junio de 2018 (rec. 1044/2017), en litigio sobre reconocimiento de fijeza en AENA S.M.E., Sociedad Anónima.

La sentencia confirma la existencia de fraude de ley en la contratación temporal, pero acoge el motivo destinado a desactivar la condición de fijo del demandante. Admite que se aparta del criterio de la STS de 18 de septiembre de 2014 y que resulta inaplicable la Ley 40/2015, pero destaca que la Disposición Adicional 1ª



del EBEP en relación con el art. 55 del EBEP, vigentes desde el 2007, no fueron invocadas en ese recurso que de casación unificadora.

Explica que el actor fue contratado como bombero en fraude de ley, porque se recurrió a la contratación temporal para cubrir necesidades permanentes, pero considera que por aplicación de la DA primera del EBEP en relación con el art. 55 de dicha Ley, el acceso al empleo público en esta sociedad mercantil debe regirse por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que deben ser garantizados por los procedimientos de selección de personal, así como los de publicidad de las convocatorias y de sus bases; transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; por lo que la consecuencia del fraude de ley no puede ser en este caso la fijeza de plantilla.

Conclusión de ello es que en las personas jurídico privadas integradas en el sector público, el acceso al empleo se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad. La sentencia, no obstante, reconoce el escaso efecto práctico del pronunciamiento al haber manifestado la parte actora su intención de desistir de la demanda, por haber superado un proceso de selección y pasar a convertirse en fijo de plantilla.

3. Consideraciones específicas.

A) La STS 192/2021 de 10 febrero (rcud. 451/2019) ha resuelto un caso en el que se invocaba la misma sentencia referencial que en el presente:

"En los dos casos se trata de trabajadores vinculados con AENA con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/2015, y cuya contratación temporal se declara en fraude de ley, si bien en un caso, y pese a tratarse AENA de una sociedad mercantil estatal, se le reconoce la condición de fijo, y en la otra, la de indefinido no fijo, siendo irrelevante en la decisión de referencia que se señale la poca eficacia práctica de la misma ante la manifestación del demandante de su intención de desistir, lo cual no consta que hubiere ocurrido previamente a su dictado. Arriba hemos relatado el escrito de impugnación que presenta, en el que refiere esa circunstancia como punto diferencial con la sentencia de contraste, pero sobre el que nada dice el relato fáctico, mientras que los FD solo recogen la manifestación de una decisión futura, circunstancia que no resulta suficiente en orden destruir aquella identidad esencial concurrente entre los dos pronunciamientos".

B) El Informe del Ministerio Fiscal argumenta que existe contradicción porque en ambas sentencias contrastadas se debate si en sociedades mercantiles públicas cabe la figura del trabajador PINF, siendo los pronunciamientos contradictorios.

C) El requisito de contradicción comporta la necesidad de una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unifica.

Tanto las partes recurrentes cuanto el Ministerio Fiscal, como queda expuesto, admiten que existe contradicción entre las sentencias comparadas y que debemos unificar la doctrina opuesta respecto de aplicación del concepto de PINF a las sociedades mercantiles del sector público.

Digamos también que a lo largo del debate no se ha suscitado reflexión alguna sobre eventuales singularidades de la sociedad mercantil demandada, que pudieran abocar a la imposibilidad de aplicarle la doctrina sentada respecto de AENA, en cuanto sociedad mercantil de titularidad pública. Sobre esa premisa, dado que estamos ante un recurso extraordinario y excepcional, debemos resolver a la vista de cuanto hemos dicho en fechas recientes.

D) En el siguiente Fundamento vamos a recordar el tenor de nuestra actual doctrina, objeto de clarificación por el Pleno de la Sala en momento posterior a presentarse el recurso de unificación que afrontamos.

TERCERO.- Doctrina actual de la Sala.

1. Sentencias que fijan la actual doctrina.

El núcleo del litigio ha sido objeto de enjuiciamiento por el Pleno de esta Sala Cuarta en sus sentencias 472/2020 de 18 junio (rcud. 1911/2018); 473/2020 de 18 junio (rcud. 2005/2018); 474/2020 de 18 junio (rcud. 2811/2018); y 579/2020 de 2 de julio (rcud. 1906/2018). Tal doctrina ya ha sido aplicada posteriormente, entre otras, por las SSTS 749/2020 de 10 septiembre (rcud. 3678/2017); 782/2020 de 17 septiembre (rcud. 1408/2018); 192/2021 (rcud. 451/2019); 212/2021 de 17 febrero (rcud. 2945/2018); 486/2021 de 5 mayo (rcud. 1405/2019).

Además de a AENA, hemos aplicado esta doctrina a la Empresa Pública Servicios Agrarios Gallegos en la STS 448/2021 de 20 abril (rcud. 618/2020); a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos en la STS 463/2021 de 29 abril (rcud. 2386/2018); a la Corporación de Radio y Televisión Española en la STS 552/2021 de 18 mayo (rcud.



3135/2019) y otras posteriores; a la Fundación de Atención y Soporte a la Dependencia y Promoción de la Autonomía Personal de las Islas Baleares en la STS 96/2021 de 26 enero (rec. 71/2020).

2. Razonamientos jurídicos de la doctrina.

Razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación del Derecho nos obligan a reiterar y aplicar la solución allí acordada, favorable a la recurrente. Recordemos sus líneas argumentales:

"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 fijeza, 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".

CUARTO.- Aplicabilidad de la doctrina expuesta al caso del Canal de Isabel II S.A.

A) Al contener doctrina errónea la sentencia recurrida, debemos resolver conforme a las previsiones legales para los casos de estimación del recurso. Procede, por tanto, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la estimación del recurso de casación para la unificación de la doctrina y la consiguiente anulación



de la sentencia recurrida en el concreto aspecto referido al pronunciamiento de que el trabajador poseía la condición de fijo.

B) Digamos asimismo que en relación con la empresa aquí demandada (Canal de Isabel II S.A.) ya hemos dictado el Auto de 14 de abril de 2021 (rcud. 2538/2020) en el que expresamente se señala: "A pesar de la contradicción entre las sentencias, el recurso debe inadmitirse por falta de contenido casacional ya que la sentencia recurrida es acorde con la reciente jurisprudencia de la Sala Cuarta sobre la calificación de indefinidos no fijos y no de fijos a los trabajadores contratados en fraude de ley por Aena, una sociedad mercantil estatal".

C) El artículo 228.2 LRJS comienza disponiendo que si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada. En nuestro caso, eso significa que el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador debe desestimarse en la pretensión referida a su consideración como fijo.

De este modo, quedará revocada la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social solo en cuanto a la fecha fijada a efectos de antigüedad; por el contrario, debe proclamarse el carácter de indefinido no fijo del contrato, con las consecuencias inherentes a ello.

D) También prescribe el artículo 228.2 LRJS que en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe.

La estimación del recurso de casación interpuesto por la empleadora debe comportar la devolución de los depósitos constituidos para recurrir y de las cantidades que, en su caso, hubiere consignado o de las garantías aportadas al procedimiento.

En el plano de las costas procesales, de conformidad con lo previsto en el artículo 235.1 LRJS, la solución a que accedemos comporta que las costas procesales causadas en los recursos han de ser soportadas por cada parte.

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 empresa Canal de Isabel II, S.A., representada por la Procuradora Sra. Morano Masa y defendida por el Letrado Sr. San Martín Rodríguez.
- 2) Casar y anular parcialmente la sentencia nº 107/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 20 de febrero de 2020, concretamente, en la parte referida a la consideración como indefinido del demandante.
- 3) Resolviendo el debate suscitado en suplicación por el trabajador (rec. 62/2020), desestimarlo en la parte referida a la naturaleza de su vínculo.
- 4) Declarar la firmeza de la sentencia nº 235/2019 de 13 diciembre, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Cáceres (en los autos nº 198/2019) en la parte referida a la condición de indefinido no fijo de D. Juan Pablo .
- 5) Acordar que cada parte asuma las costas causadas a su instancia como consecuencia de los recursos de referencia.
- 6) Ordenar la devolución de los depósitos y consignaciones que se hubieran podido constituir para recurrir por parte de la empleadora.

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

Así se acuerda y firma.