

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. /

Fecha de sentencia: 17/06/2020

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 1911/2018

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 17/06/2020

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

Procedencia: T.S.J. CANARIAS SALA SOCIAL

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

Escudero Cinca

Transcrito por: MCP

Nota:

Resumen

AENA. Trabajadores indefinidos no fijos. Esa figura jurídica se aplica a las sociedades mercantiles estatales. Rectifica doctrina: STS de 18 de septiembre de 2014 (dos), recursos 2320/2013 y 2323/2013 y 6 de julio de 2016, recurso 229/2015.

En el mismo sentido STS de 28 de marzo de 2007, recurso 5082/2005; 6 de octubre de 2008, recurso 3064/2007; 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 abril de 2009, recurso 773/2007; y 23 de noviembre de 2016, recurso 91/2016.

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. /

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 Sahún

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 17 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. Salvador Ramón Medina Gavilán contra AENA SA, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Salvador Ramón Medina Gavilán, 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 SALVADOR RAMÓN MEDINA GAVILÁN frente a AEROPUERTOS ESPAÑOLES DE NAVEGACIÓN AÉREA S.A. (AENA S.A) en materia de reconocimiento de derechos, DECLARO el derecho de DON SALVADOR RAMÓN MEDINA GAVILÁN 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. Salvador Ramón Medina Gavilán, 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 José Miguel Delgado Cabrera, 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 José Miguel Delgado Cabrera, 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 Gerardo Cuervo Fernández, 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 Gerardo Cuervo Fernández, 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 José Daniel Poyato Duarte, 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 José Daniel Poyato Duarte, 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 Juan Rodríguez Corujo, 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 Juan Rodríguez Corujo.

5.- Del 1 de enero al 29 de febrero de 2008 - Contrato de duración determinada, por interinidad: con el objeto sustituir temporalmente a Don Gustavo Crespo Rodríguez, 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 Gustavo Crespo Rodríguez, 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 Gerardo Cuervo Fernández, 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 Gerardo Cuervo Fernández, 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 José Manuel Escamilla, 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 José Manuel Escamilla, 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 23 de octubre de 2011, fecha en la que Don José Lemes Camacho, jubilado parcial, cumplía la edad de 65 años.

Don José Lemes Camacho 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 Francisco Lemes Herrera y su adjudicación a Don Manuel Pastrana Fernández.

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 Juan Pedro Ceballos Rodríguez y su adjudicación a Don Avelino Pérez Rúa.

11.- Contrato de trabajo de duración determinada de 30 de junio de 2013 para sustituir

temporalmente al trabajador Don Celso Felipe Guerra Betancor, perteneciente a la ocupación de ICI 0-Técnico de Equipamiento y Salvamento: Bombero, en el Don Celso Felipe Guerra Betancor 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 Celso Felipe Guerra Betancor 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 Celso Felipe Guerra Betancor 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 nº 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 N° 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 N° 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 N° 14 del ramo de prueba de la parte actora).

QUINTO.- El Reglamento N° 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° 216/2008, del Parlamento Europeo y el Consejo.

(Hecho probado conforme al documento N° 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° 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 José Antonio León Cabrera y. Don Eduardo Muñiz González).

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. 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. 103.1 de la LRSJP define las entidades públicas empresariales:

«Las entidades públicas empresariales son entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación».

El art. 106 de la LRJSP dispone:

«1. El personal de las entidades públicas empresariales se rige por el Derecho laboral, con las especificaciones dispuestas en este artículo [...]

2. La selección del personal laboral de estas entidades se realizará conforme a las siguientes reglas:

a) El personal directivo, que se determinará en los estatutos de la entidad, será nombrado con arreglo a los criterios establecidos en el apartado 11 del artículo 55, atendiendo a la experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada.

b) El resto del personal será seleccionado mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad».

El art. 113 de la LRJSP acuerda:

«Las sociedades mercantiles estatales se regirán 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 regirá 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 regirá 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 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.

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 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 registrarán 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 registrarán 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. Una posterior reflexión nos ha llevado a concluir que la condición de trabajador indefinido no fijo sí que es aplicable a las sociedades mercantiles estatales. 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. Salvador Ramón Medina Gavilán 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 .

F A L L O

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. Salvador Ramón Medina Gavilán 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.

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. /

Fecha de sentencia: 17/06/2020

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 2005/2018

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 17/06/2020

Ponente: Excma. Sra. D.^a Concepción Rosario Ureste García

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA SOCIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres

Ruiz

Transcrito por: OLM

Nota:

Resumen

AENA. Trabajadores indefinidos no fijos. Aplicación de esta figura jurídica a las sociedades mercantiles estatales. Sigue criterio expresado en rcud 1911/18 deliberado en el mismo pleno. Rectificando doctrina.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2005/2018

Ponente: Excma. Sra. D.^a Concepción Rosario Ureste García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres
Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. /

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 Sahún

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

En Madrid, a 17 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 AENA Aeropuertos, S.A., contra la sentencia de 22 de diciembre de 2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias

en Las Palmas de Gran Canaria en el recurso de suplicación núm. 1290/2017, formulado frente a la sentencia de 6 de junio de 2017 dictada en autos 670/2016 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria seguidos a instancia de D^a María del Carmen Ramos Jorge contra AENA Aeropuertos, S.A., sobre Derechos.

Ha comparecido en concepto de recurrido la letrada Sra. Pato Sanz, en la representación que ostenta de D^a María del Carmen Ramos Jorge.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Concepción Rosario Ureste García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de junio de 2017, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «ESTIMAR INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por M^a. DEL CARMEN RAMOS JORGE contra AENA AEROPUERTOS S.A, declarando a la actora trabajadora indefinida de AENA AEROPUERTOS S.A, con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento».

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- La demandante ha venido prestando servicios para la demandada desde el 12/05/16, con categoría profesional de técnico de programación y operaciones (1011-TPO).- SEGUNDO.- En dicha fecha suscribió un contrato para obra o servicio determinado para "la realización de tareas de la ocupación 1011-TPO técnico de programación y operaciones para el seguimiento y mantenimiento del Sistemas de Gestión de la Seguridad Operacional en el Departamento de Planificación de Operación, con motivo del proceso de certificación del Aeropuerto en materia de Seguridad Operacional, hasta que finalice dicho proceso de certificación.- TERCERO.- El seguimiento y mantenimiento del Sistemas de Gestión de la Seguridad Operacional en el Departamento de Planificación de Operación, con motivo del proceso de certificación del Aeropuerto en materia de Seguridad Operacional se está llevando a cabo por dos personas, entre las que no se incluye la actora.- La actora está realizando las mismas funciones que el resto de TRO que prestan servicios

para la demandada.- CUARTO.- Se ha agotado la preceptiva vía previa».

TERCERO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Las Palmas, dictó sentencia con fecha 22 de diciembre de 2017, en la que, manteniendo el relato fáctico de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por Aena, contra la sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 6 de junio de 2017 dictada en Autos nº 670/16, confirmando la misma en su integridad, condenándose a la recurrente al abono de las costas derivadas del recurso, que incluyendo los honorarios del letrado de la parte impugnante, ascienden a la cantidad de 900 euros».

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Las Palmas, por la representación AENA Aeropuertos, S.A., se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación. Se aportan como sentencias contradictorias las dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña, de 25 de marzo de 2009 (R. 8542/08) y de Madrid, de 25 de marzo de 2009 (1/2014). El motivo de casación alegaba la infracción del art. 15.3 del ET; art. 55 de la LEBEP, tanto de 2007 como de 2015; arts. 7.1 y 8.d) del RD-Ley 13/2010); art. 18 del RD-Ley 8/2014); art. 2 de la Orden FOM/1525/2011; art. 63 del Estatuto Ente Público AENA; arts. 23.3, 24.1 y 26.1 del Primer Convenio Colectivo en relación con los arts. 37.1 de la CE y 82.1 y 3 del ET y la jurisprudencia.

QUINTO.- Tras presentarse escrito de alegaciones, la Sala procedió a admitir a trámite el citado recurso e impugnado el recurso por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de marzo de 2020, suspendiéndose el mismo y señalándose nuevamente para su deliberación en el Pleno de la Sala el 22 de abril de 2020. Por providencia de 6 de mayo de 2020, se establece que por las especiales circunstancias y necesidades del servicio, se suspende el

señalamiento acordado, trasladando el mismo para el día 17 de junio de 2020, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El núcleo de contradicción planteado por la Abogacía del Estado en representación de la sociedad estatal AENA, S.A. consiste en delimitar si la condición del personal laboral que presta sus servicios en la misma es de indefinido no-fijo, o lo es la de fijo de plantilla por fraude de ley en la contratación temporal. En definitiva, en la determinación de si la condición de indefinido no fijo resulta aplicable o no a las sociedades mercantiles estatales.

Impugna la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Las Palmas) de 22 de diciembre de 2017, en la que se confirma el fallo combatido que, con íntegra estimación de la demanda, declaró a la actora trabajadora indefinida de Aena Aeropuertos SA, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración.

Del relato fáctico de aquella resolución destacaremos los siguientes datos: la demandante viene prestando servicios para dicha sociedad desde el 12-5-2016, con la categoría profesional de técnico de programación y operaciones [IC11 -TPO], suscribiendo contrato para obra o servicio determinado para realización de tareas de ocupación IC11-TPO técnico de programación y operaciones para el seguimiento y mantenimiento del Sistema de Gestión de la Seguridad Operacional en el Departamento de Planificación de Operación, con motivo del proceso de certificación del Aeropuerto de materia de Seguridad Operacional, y hasta que finalice dicho proceso de certificación. El seguimiento y mantenimiento del Sistema de Gestión señalado se está llevando a cabo por dos personas, entre las que no se

incluye la actora, que está realizando las mismas funciones que el resto de TPO que prestan servicios para la demandada.

La Sala de suplicación hace suyas las argumentaciones del Juez a quo, y afirma que, pese a que se han cumplido los requisitos formales del contrato temporal utilizado, ha quedado probado que la trabajadora no fue asignada a la realización del servicio que consta en la literalidad del contrato. Sentado lo anterior, no considera que resulte aplicable la Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público, porque su entrada en vigor se produjo al año de su publicación en el BOE [2.10.2015], y, por tanto, con posterioridad a la suscripción del contrato temporal que unía a las partes, lo que determina la plena aplicación de la doctrina de esta Sala IV (STS 18.9.2014).

2. El Ministerio Fiscal informó la existencia de contradicción y la procedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto.

La representación de la parte actora lo impugna argumentando sustancialmente la falta de contenido casacional, con cita de la doctrina contenida en nuestra sentencia de fecha 18.09.2014, rec 2320/2013.

SEGUNDO.- 1. Con carácter prioritario ha de analizarse la concurrencia del requisito de contradicción previsto en el art. 219.1 de la LRJS. Exigen el legislador y la jurisprudencia 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 unificar la doctrina sentada. Entre otras, recuerdan esta doctrina las SSTS de fechas 28.02.2019, rcud 1576/2017 y 9.05.2019, rcud 313/2018.

La sentencia de contraste definitivamente seleccionada, tras el pertinente requerimiento, es la dictada por la Sala homónima de Cataluña de 25 de marzo de 2009 (rec. 8542/2008), recaída en un procedimiento por despido calificado como nulo por vulnerar la garantía de indemnidad, y habiéndose reconocido asimismo la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, y

optado el actor por la readmisión en Televisión Española SA.

Ante la Sala de suplicación, y en lo que a la cuestión casacional importa, se debatió si la readmisión de trabajador en la plantilla de Televisión Española SA, sería con el reconocimiento de la condición como fijo en RTVE, o bien una relación laboral indefinida. Y la sentencia, con estimación del recurso interpuesto por la sociedad mercantil estatal, revoca en este extremo la decisión de instancia, declarando que lo será bajo una relación laboral indefinida. Razona al respecto que conforme a la Ley 4/1980, que aprueba el Estatuto de radiodifusión y televisión, se configura a la recurrente como una sociedad estatal, que forma parte de la Entidad de derecho Público RTVE [arts. 5 y 17], y en virtud de su art. 35.4 el ingreso en la situación de fijo en RTVE y en las sociedades estatales que se creen sólo podrá realizarse mediante las correspondientes pruebas de admisión (...), aplicando el criterio seguido en precedentes pronunciamientos. Precisa también que esa misma doctrina resulta aplicable a este caso en el que la demanda se presenta con posterioridad a la modificación societaria operada con la entrada en vigor de la Ley 12/2006 (sic). Y como el actor no ha superado estas pruebas no puede adquirir la condición de fijo.

2. Aunque una primera aproximación al fallo emitido en ambas resoluciones pudiera conducir a señalar su identidad, enervando la concurrencia del requisito del art. 219 LRJS citado, sin embargo, el núcleo esencial que abordan las dos, tal y como expresamos en procedimientos similares debatidos en este mismo Pleno de la Sala, gira en torno a si la condición de trabajador indefinido no fijo se aplica a una sociedad estatal y sobre este extremo ambas alcanzan soluciones divergentes, de manera que la doctrina precisa de la necesaria unificación.

La sentencia recurrida desestimó el recurso de suplicación formulado por la Abogacía del Estado que peticionaba la declaración de indefinido no fijo, manteniendo la declaración de instancia de relación indefinida con todas las consecuencias inherentes, mientras que la referencial niega que la relación con la demandada sea de fijeza. Ambas entidades demandadas en la

actualidad son sociedades mercantiles estatales, por lo que, como decimos, concurre el referido presupuesto procesal de contradicción requerido por aquel art. 219.

SEGUNDO.-1. Las vulneraciones denunciadas por la Abogacía del Estado en la representación que ostenta son las siguientes: del art. 15.3 del ET; de la disposición adicional primera y art. 55 de la LEBEP, tanto de 2007 como de 2015; arts. 7.1 y 8.d) del RD-Ley 13/2010, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo; art. 18 del RD-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia; art. 2 de la Orden FOM/1525/2011; art. 63 del Estatuto del Ente Público AENA; arts. 23.3, 24.1 y 26.1 del Primer Convenio Colectivo en relación con los arts. 37.1 de la CE y 82.1 y 3 del ET y la jurisprudencia.

Centrado el núcleo debatido en si la condición laboral de personal indefinido-no fijo es aplicable al personal laboral de las sociedades estatales, como sí lo es en general en las Administraciones Públicas, afirma la parte recurrente que el ordenamiento jurídico establece sin la menor duda que el personal laboral de la sociedad estatal AENA, S.A. sólo puede acceder a ella conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad y publicidad, lo cual excluye per se la conversión sin más de un contrato laboral temporal en un contrato fijo de plantilla sin antes pasar por las pruebas selectivas convocadas al efecto y sujetas a los reseñados principios, y que así se infiere igualmente de la abundante jurisprudencia que relaciona.

2. La Sala ha debatido en la misma fecha el asunto 1911/2018, que guarda la necesaria identidad de razón con el ahora enjuiciado. Tras verificar un exhaustivo examen de la normativa de cobertura y la evolución doctrinal en la materia, afirmamos la proyección de la figura de trabajador indefinido no fijo también cuando el empleador es una sociedad mercantil estatal.

Trasladaremos aquí los hitos más relevantes que desarrollamos en dicha sentencia, remitiéndonos en lo restante a la argumentación que desglosa (en esencia al recorrido doctrinal), no sin precisar que en la presente litis, como

bien indica la resolución recurrida, no resulta de aplicación directa la Ley 40/2015 de régimen Jurídico del Sector Público, invocada por la entidad demandada, pues el legislador diseñó su entrada en vigor en la DF 18ª, conforme a la cual y la materia ahora concernida, lo fue al año después de su publicación en el BOE (2.10.2015), es decir, con posterioridad a la suscripción del contrato laboral entre la actora y la demandada (12.05.2016). Resultaba, por ende, de referencia la Ley 6/1997 vigente precisamente hasta que le sucede esa Ley 40/2015 (por mor de las previsiones de su Disposición Derogatoria única).

Esa circunstancia no entorpece ni dificulta la adaptación de la doctrina que asentamos al concreto supuesto que nos ocupa. Y no lo hace por cuanto del elenco normativo, esencialmente el EBEP, y convencional de aplicación extraeremos la solución del litigio suscitado.

3. Así, atendiendo en primer término a la naturaleza jurídica de la demandada, fue el art. 7 del Real Decreto ley 13/2010, de 3 de diciembre el que constituyó la sociedad mercantil estatal «Aena Aeropuertos, SA», sociedad de las previstas en el art. 166 de la Ley 33/2003, de 3 noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Precepto este último que entendió por tales «aquellas sobre la que se ejerce control estatal: 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». Por Real Decreto ley 8/2014, de 4 de julio, se dispuso (art. 18) el cambio en su denominación, pasando a ser la de Aena, S.A.

En cuanto a su ubicación o encuadramiento dentro del sector público estatal, cabe mencionar el art. 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, intitulado: «Sector público estatal», cuyo tenor es el que sigue:

«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. Organismos autónomos,
2. Entidades Públicas Empresariales.

b) Las autoridades administrativas independientes.

c) Las sociedades mercantiles estatales.»

Desde el plano referente a la regulación que disciplinaba la actuación de esta sociedad, la DA 12ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, vigente a la sazón como ya hemos indicado, establecía que:

«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.»

4. Procede a continuación fijar precisamente las condiciones de acceso al empleo en tales sociedades, esclareciendo si han de ser las preceptuadas en el EBEP, y específicamente si han de ahorrarse a la senda de su art. 55, cuando dispone:

«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».

Esa remisión al art. 2 de mismo EBEP, cuya rúbrica reza “Ámbito de aplicación”, no otorgaría con claridad amparo a la tesis de la demandada, por cuanto sus términos literales acotan aquél en la siguiente forma:

«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».

Pero sí atisbamos esa cobertura por mor de la extensión que verifica el propio texto del EBEP en su Disposición adicional primera, relativa al «Ámbito específico de aplicación», dado que establece que los principios contenidos, entre otros en el transcrito art. 55, 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. Como expresamos en el rcud 1911/2018, 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.»

Esta última dicción faculta la afirmación de que, también en el sector societario en que nos encontramos, opera la necesaria concurrencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad para el acceso al empleo público (concepto más amplio que el de función pública), tal y como dispone aquel art. 55 EBEP al desarrollar las directrices del texto constitucional -art. 103 CE que fija los de mérito y capacidad, y el sumatorio de su art. 14, a fin de salvaguardar el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público en dichas entidades-.

5. Rememorar, por último, el objetivo y finalidad de la denominada relación laboral indefinida no fija, acudiendo una vez más al recurso ya identificado que plasma su cristalización jurisprudencial. Decimos al respecto que aquella **persigue** 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.

Todo ello sin olvidar otro parámetro que abunda en el precedente corolario: el texto convencional que afecta a todo el personal contratado laboralmente -I Convenio Colectivo del Grupo AENA, Resolución de 29 de noviembre de 2011 publicada en el BOE de 20.12.2011-, que en sus arts. 23.3 y 24.1 incidió en que el sistema de ingreso del personal lo sería respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, de manera correlativa a las previsiones del RD 905/1991, de 14 de junio, por el que se aprobó el Estatuto del Ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea -en cumplimiento a su vez del art. 82 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de PGE para 1990-.

El contenido de dicho Estatuto, configurado en forma similar al propio de otras Entidades públicas que desarrollan su actividad con sujeción a regímenes de Derecho público y privado de forma complementaria, había ordenado que El personal del Ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea se regirá por las normas de derecho laboral o privado que le sean de aplicación, que (art.62.2) Las relaciones del Ente con su personal se regirán por las condiciones establecidas por los contratos que al efecto se suscriban y se someterán al Estatuto de los Trabajadores, a los Convenios Colectivos y a las demás normas que les sean de aplicación. Y, finalmente, que La selección del personal al servicio del Ente público se hará de acuerdo con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad, y, con excepción del personal directivo, mediante convocatoria pública. (Art. 63).

TERCERO.- Las antedichas consideraciones determinan, en línea con lo informado por el Ministerio Fiscal, la estimación del recurso, casando y anulando parcialmente la sentencia recurrida. Resolviendo el debate planteado en suplicación, procederá estimar en parte el recurso de esta clase formulado por AENA, S.A., en el sentido de declarar que la relación laboral de la trabajadora es de naturaleza indefinida no fija, pero manteniendo el carácter fraudulento de la contratación temporal que ya se reconoció en la instancia, se confirmó en sede de suplicación y no ha sido combatido en fase casacional.

Sin costas en ninguna de las instancias, y procediendo la devolución de los depósitos y de las consignaciones efectuadas en su caso para recurrir (arts. 228 235 LRJS).

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 el Abogado del Estado, en nombre y representación de AENA, S.A.

Casar y anular en parte la sentencia de 22 de diciembre de 2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Las Palmas de Gran Canaria en el recurso de suplicación núm. 1290/2017, y resolviendo el debate de tal clase, estimamos parcialmente el recurso formulado por AENA, S.A., declarando que la relación laboral de la parte actora es de naturaleza indefinida no fija, extremo en el que se revoca la de instancia, manteniendo el resto de sus pronunciamientos, y desestimando en parte la demanda formulada.

Sin costas en ninguna de las instancias, y procediendo la devolución de los depósitos y de las consignaciones efectuadas en su caso 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 2005/2018.

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

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

1. Homogeneización de doctrinas de la propia Sala.

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

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

Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), y no en la posterior Ley 40/2015, parece razonable que la cuestión se haya vuelto a examinar.

Las conclusiones formuladas allí se resumen del siguiente modo:

1º) La empresa TRAGSA no es subsumible en un concepto amplio de "Administración" a la hora de definir las normas que presiden el acceso a sus empleos.

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

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

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

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

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

2. El Estatuto de AENA y similares

A) Doctrina constitucional

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

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

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

Se trata de "Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propias vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones

Públicas", quedando sujetas al Derecho administrativo "cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación" [*art. 2.2 de la Ley 30/1992, de 26/Noviembre*]».

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

Estas sociedades, «aunque forman parte del sector público empresarial estatal [*art. 3.2 b) LGP*], no son Administraciones públicas [*art. 2.2 de la Ley 30/1992*], de manera que "se registrarán 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 dimanarían de disposiciones legales -las arriba citadas y las que se dirán-, que destacan por su claridad, como ya dijimos.

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

No cabe equiparar el régimen jurídico correspondiente al sector público «administrativo» con el sector público «empresarial», pues «el factor diferencial entre una y otra categoría de trabajadores se encuentra en la diferente estructura en la que se incardinan, que los convierte en grupos o categorías personales diferentes que admiten la atribución por el legislador de consecuencias jurídicas distintas» (ya citada STC 8/2015 , mismo FJ 9.a);

Es reiterado criterio del Tribunal Constitucional que en los contratos laborales no se aplica el art. 23.2 CE (así, SSTC 86/2004, de 10/Mayo, FJ 4 ; 132/2005, de 23/Mayo, FJ 2 ; y 30/2007, de 15/Febrero , FJ 8); Incluso en el ámbito del sector público propiamente

«administrativo» se ha mantenido que «el derecho que consagra el art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal» (SSTC 24/1990, de 15/Febrero ; 25/1990/19/Febrero ; 26/1990, de 19/Febrero ; 149/1990, de 1/Octubre ; y 156/1998, de 13/Julio , FJ 3), y que «el rigor con el que operan los principios constitucionales que se deducen de este derecho fundamental no es el mismo según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo», pues en sus vicisitudes «cabe manejar otros criterios que no guarden relación con estos principios» de mérito y capacidad, «en atención a una mayor eficacia en la prestación de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales» (SSTC 192/1991, de 14/Octubre ; 200/1991, de 28/Octubre ; 293/1993, de 18/Octubre ; 365/1993, de 13/Diciembre ; 87/1996, de 21/Mayo ; y 38/2014, de 11/Marzo FJ 6).

Como puso de relieve la STS 618/2016 de 6 julio (rc. 22972015), las anteriores afirmaciones concuerdan con lo expuesto en la STS 18 septiembre 2104 (rec. 2323/2013): la construcción del indefinido no fijo es inaplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, pues no están obligadas a cumplir con esos principios constitucionales del acceso "a la función pública", que es a lo que se contrae el mandato del art. 103.3 CE. Y añade:

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

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

3. El origen de la construcción doctrinal sobre contratos

“indefinidos no fijos”.

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

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

4. Las normas en presencia.

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

- a) El artículo 2º del EBEP remite dispone su aplicación a las “entidades de derecho público, mientras que ahora estamos ante una cuya ontología es de derecho Privado.
- b) La Disposición Adicional Primera del EBEP amplía ese radio aplicativo (respecto de determinados principios) a las “entidades del sector público estatal”, pero sin mencionar a las sociedades mercantiles o de capital.
- c) Diversas normas precisan que las sociedades mercantiles cuyo capital sea mayoritariamente público pertenecen a ese “sector”, lo que no comporta extensión aplicativa de reglas del EBEP.
- d) La Ley 40/2015 (LRJSP), que no viene a alterar las previsiones del

EBEP en la materia que nos ocupa dispone que las entidades publicas empresariales seleccionarán a su personal con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 106), pero en esa categoría no están las sociedades mercantiles de titularidad pública.

- e) La LRJSP (art. 117.4) dispone que el personal laboral de las sociedades mercantiles estatales se rige por el derecho laboral “así como por las normas que le sean de aplicación en función de su adscripción al sector público estatal”, sin que eso altere la situación preexistente desde la perspectiva que aquí interesa.

5. Argumentación específica.

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

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

Cuando el artículo 2º EBEP habla de “entidades de derecho público” es evidente que no abarca casos como el de la Sociedad Anónima AENA. Y cuando su Adicional Primera se refiere a las “entidades del sector público” no parece que quiera referirse también a las sociedades mercantiles. Las sociedades con forma de capital no son “entidades”, al margen de si pertenecen al sector público. De hecho, la Ley General Presupuestaria (art. 2º), la (hoy derogada) LOFAGE o la LRJSP se refieren expresamente a “las sociedades mercantiles estatales” sin englobarlas en ese concepto de “entidades”; en fin, la LRJSP define las entidades públicas empresariales (art. 103.1) como algo distinto de las sociedades mercantiles cuyo capital sea mayoritariamente público.

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

Segunda: Aunque (en contra de lo anterior) se entendiera que una

sociedad mercantil de titularidad pública debe subsumirse en el concepto de “entidad del sector público” y someterse a las exigencias de igualdad, mérito y capacidad, eso no significa que estemos ante aplicación de exigencia constitucional. Sería la Ley, no la Constitución, la fuente de esas exigencias.

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

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

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

Sexto: Aunque se llegara a la conclusión de que el EBEP y normas concordantes abocan a que jueguen los principios de igualdad, mérito y capacidad para acceso al empleo en las sociedades mercantiles de titularidad mayoritariamente públicas, la consecuencia de infringir esos principios no habría de ser la de impedir la conversión del contrato en fijo, porque falta la palanca supralegal que lo justifique. Son otros muchos los resortes que el

ordenamiento contempla para ese caso (sanción a la empresa, responsabilidad de las personas responsables, solicitud de anulación del contrato, etc.) y que no corresponde a este Voto Particular exponer.

6. Conclusión.

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

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34001360

NIG: 28.079.00.4-2019/0003696

Procedimiento Recurso de Suplicación 881/2019

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 28 de Madrid Procedimiento Ordinario 114/2019

Materia: Materias laborales individuales

Sentencia número: 363/20

Ilmos/a. Srs./a.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. JOSÉ IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid, a 14 de mayo de 2020, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Tercera de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos/a. Srs/a. citados/a, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En los siguientes Recursos de Suplicación acumulados formalizados por la letrada DOÑA ESPERANZA DE LORENZO ROMERO

1º) número 881/2019 en nombre y representación de DON E., contra la sentencia número 281/2019 de fecha 20 de junio, dictada por el Juzgado de lo Social número 28 de los de Madrid, en sus autos número 114/2019;

2º) número 883/2019 en nombre y representación de DON P., contra la sentencia número

278/2019 de fecha 20 de junio, dictada por el Juzgado de lo Social número 28 de los de Madrid, en sus autos número 108/2019;

3º) número 884/2019 en nombre y representación de DON , contra la sentencia número 285/2019 de fecha 20 de junio, dictada por el Juzgado de lo Social número 28 de los de Madrid, en sus autos número 115/2019;

4º) número 1015/2019, en nombre y representación de DON , contra la sentencia número 277/2019 de fecha 20 de junio, dictada por el Juzgado de lo Social número 28 de los de Madrid, en sus autos número 109/2019;

5º) número 1016/2019, en nombre y representación de DON , contra la sentencia número 287/2019 de fecha 20 de junio, dictada por el Juzgado de lo Social número 28 de los de Madrid, en sus autos número 1141/2018;

6º) número 1017/2019, en nombre y representación de DON , contra la sentencia número 290/2019 de fecha 20 de junio, dictada por el Juzgado de lo Social número 28 de los de Madrid, en sus autos número 113/2019;

7º) número 1030/2019 en nombre y representación de DON , contra la sentencia número 284/2019 de fecha 20 de junio, dictada por el Juzgado de lo Social número 28 de los de Madrid, en sus autos número 111/2019;

8º) número 1031/2019 en nombre y representación de DON , contra la sentencia número 279/2019 de fecha 20 de junio, dictada por el Juzgado de lo Social número 28 de los de Madrid, en sus autos número 110/2019;

9º) número 1033/2019 en nombre y representación de DON , contra la sentencia número 289/2019 de fecha 20 de junio, dictada por el Juzgado de lo Social número 28 de los de Madrid, en sus autos número 112/2019;

10º) 1172/2019, en nombre y representación de DON , contra la sentencia número 280/2019 de fecha 20 de junio, dictada por el Juzgado de lo Social número 28 de los de Madrid, en sus autos número 106/2019

Todos ellos seguidos a instancia de los respectivos recurrentes frente a INMEDIATE DELIVERY, S.L. (INSTAPACK), INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. e INTERNET COMMERCE SOLUTIONS, S.L., en reclamación por derecho y cantidad, siendo magistrada-ponente la Ilma. Sra. Dña. M. Virginia García Alarcón, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentaron sendas demandas por las citadas partes actoras contra las mencionadas partes demandadas, siendo turnadas para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes

actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó las sentencias referenciadas anteriormente.

SEGUNDO: El primero de los hechos probados en cada una de las sentencias recurridas por los recursos de suplicación acumulados, es el siguiente:

1º) En la recurrida por el recurso número 881/19:

“El demandante viene prestando sus servicios en la empresa demandada INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. desde el 19 de mayo de 2004, con la categoría reconocida de Mensajero como conductor-repartidor, con un salario mensual de 999,56 € con prorrata de pagas extras.

-Hecho no controvertido –

2º) En la impugnada en el recurso número 883/19, el hecho probado primero dice así:

“El demandante viene prestando sus servicios en la empresa demandada INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. desde el 2 de junio de 2008, con la categoría reconocida de Mensajero como conductor-repartidor, con un salario mensual de 974,43 € con prorrata de pagas extras.

- Hecho no controvertido –“

3º) En la sentencia impugnada en el recurso número 884/10, tiene el siguiente tenor:

“El demandante viene prestando sus servicios en la empresa demandada INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. desde el 10 de abril de 2007, con la categoría reconocida de Mensajero como conductor-repartidor, con un salario mensual de 974,43 € con prorrata de pagas extras.

- Hecho no controvertido –“

4º) En la sentencia impugnada en el recurso 1015/19, el hecho probado primero es el siguiente:

“El demandante viene prestando sus servicios en la empresa demandada INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. desde el 7 de enero de 2004, con la categoría reconocida de Mensajero como conductor-repartidor, con un salario mensual de 988,45 € con prorrata de pagas extras.

- Hecho no controvertido –“

5º) El hecho probado primero de la sentencia recurrida en el recurso 1016/19, es como sigue:

“El demandante viene prestando sus servicios en la empresa demandada INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. desde el 2 de agosto de 2005, con la categoría reconocida de Mensajero como conductor-repartidor, con un salario mensual de

1.035,54 € con prorrata de pagas extras.

-Hecho no controvertido –“

6º) En la combatida en el recurso 1017/19, dice así:

“El demandante viene prestando sus servicios en la empresa demandada INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. desde el 2 de septiembre de 2005, con la categoría reconocida de Mensajero como conductor-repartidor, con un salario mensual de 991,91 € con prorrata de pagas extras.

- Hecho no controvertido –“

7º) En la sentencia refutada por el recurso 1030/2019, es el siguiente:

“El demandante viene prestando sus servicios en la empresa demandada INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. desde el 2 de octubre de 2007, con la categoría reconocida de Mensajero como conductor-repartidor, con un salario mensual de 904,05 € con prorrata de pagas extras.

- Hecho no controvertido –“

8º) En la sentencia impugnada por el recurso 1031/2019, se declara acreditado lo siguiente:

“El demandante viene prestando sus servicios en la empresa demandada INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. desde el 15 de junio de 2000, con la categoría reconocida de Mensajero como conductor-repartidor, con un salario mensual de 1.028,88 € con prorrata de pagas extras.

-Hecho no controvertido –“

9º) En la resolución impugnada en el recurso 1033/19, el primero de sus hechos probados es el siguiente:

“El demandante viene prestando sus servicios en la empresa demandada INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. desde el 9 de octubre de 2006, con la categoría reconocida de Mensajero como conductor-repartidor, con un salario mensual de 960,50 € con prorrata de pagas extras.

- Hecho no controvertido –“

10º) En la resolución recurrida en el recurso de suplicación 1172/19, el primer hecho probado dice:

“El demandante viene prestando sus servicios en la empresa demandada INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. desde el 12 de noviembre de 2007, con la

categoría reconocida de Mensajero como conductor-repartidor, con un salario mensual de 977,04 € con prorrata de pagas extras.

- *Hecho no controvertido –“*

Y en todas las sentencias recurridas se consignaron además los siguientes e idénticos hechos en calidad de expresamente declarados probados:

SEGUNDO.- La empresa INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L., con domicilio social en Madrid, C/ Conde de Vilches nº 25, realiza como actividad principal la de Servicios de recadería, Reparto y Manipulación de Correspondencia, código CNAE 5320- Otras actividades postales y de correos-, estando inscrita en el Registro General de Empresas prestadoras de servicios postales, estando autorizada para la realización de los servicios postales, A (envíos postales de valor añadido y paquete postal ordinario de más de 20 kg) y B (cartas y tarjetas postales de hasta 2 kg de peso y paquetes postales de hasta 20 kg de peso).

-De la documental de la parte demandada –

TERCERO.-La empresa INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. utiliza vehículos con tarjeta de transporte público ligero MDL, destinados al traslado de sobres y pequeña paquetería.

Además de realizar los servicios de mensajería, asume los servicios de facturación, comunicación con las administraciones y los recursos humanos de las restantes sociedades pertenecientes al grupo al que pertenecen las tres empresas demandadas.

CUARTO.- El demandante realiza su trabajo con su propio vehículo, que es una motocicleta.

Su uniforme de trabajo lleva la inscripción de INSTAPACK.

QUINTO.- La empresa INMEDIATE DELIVERY, S.L. (INSTAPACK), es una sociedad constituida en 2016 perteneciente al mismo grupo que INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L., que es TOTALIC, S.L., que cuenta con 6 trabajadores, con domicilio social en la C/ Francisco Silvela nº 42 de Madrid, anteriormente en C/ Conde de Vilches nº 25.

Dicha empresa subcontrata el 100% de los pedidos recibidos a través de la web de INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L., siendo uno de los proveedores de servicios de reparto de AMAZON, actividad que subcontrata a INTERNET COMMERCE SOLUTIONS, S.L.

INMEDIATE DELIVERY, S.L. cuenta con autorización administrativa de Operador de Transporte.

SEXTO.- La empresa INTERNET COMMERCE SOLUTIONS, S.L., con domicilio social en Coslada (Madrid), C/ Marconi nº 1, pertenece al mismo grupo que las otras dos demandadas, TOTALIC, S.L., habiendo sido creada en el año 2017, y cuyo único cliente es INMEDIATE DELIVERY, S.L. a quien presta el servicio de los servicios encargados por AMAZON, consistiendo en el reparto de las mercancías que AMAZON vende por internet.

Para realizar dicho reparto, la empresa cuenta con motos y vehículos de menos de

2.000 kg de masa máxima autorizada (no sujetos a ninguna licencia habilitante) y con vehículos de entre 2.000 y 3.500 kg de masa máxima autorizada, para los que cuenta con licencias de vehículos ligeros, denominadas MDL. Salvo las motos, que son propiedad de la empresa, el resto de vehículos están alquilados mediante contratos de renting flexible.

SÉPTIMO.- El Convenio Colectivo que aplica la empresa INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. es el estatal de empresas de mensajería.

- Hecho no controvertido -

OCTAVO.- Se presentó papeleta de conciliación en fecha 26 de septiembre de 2018, no habiéndose celebrado la misma.

- Hecho no controvertido -”

TERCERO: En la resolución recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

“Que desestimando como DESESTIMO la demanda de DERECHO Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD interpuesta por D. EDGAR JOSÉ MEDINA YAPURASI frente a INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L, INMEDIATE DELIVERY, S.L. (INSTAPACK) e INTERNET COMMERCE SOLUTIONS, S.L., absuelvo a las empresas demandadas de todos los pedimentos de la demanda.”

CUARTO: Frente a dichas sentencias se anunciaron sendos recurso de suplicación por la parte actora, habiendo sido impugnados por el letrado DON ALBERTO RUIZ PÉREZ, en nombre y representación de INTERNET COMMERCE SOLUTIONS, S.L.; por el letrado DON PABLO OLÁBARRI CANDELA en nombre y representación de INMEDIATE DELIVERI, S.L. y por el letrado DON JOSÉ MARÍA ARMILLAS LLAURADO en nombre y representación de INTERNATIONAL COURIER SOLUTIONS, S.L.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvo el primero de los mismos entrada en esta Sección el día 11 de octubre de 2019 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma, acumulándose los demás recursos antes reseñados.

SEXTO: Nominada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 14 de mayo de 2020 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la

Jurisdicción Social interesan los recurrentes la modificación del hecho probado segundo, como sigue:

“La empresa INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L., con domicilio social en Madrid, C/ Conde de Vilches nº 25, se constituye en 1993, realiza como actividad principal la de Servicios de Recadería, mensajería, Reparto Manipulación, distribución y almacenaje de paquetería, documentación y de Correspondencia, así como la tramitación y presentación de documentos por cuenta de terceros y otros servicios por cualquier medio de agencia de transporte y distribución de mercaderías de cualquier clase tanto nacional como internacional para organismos públicos y privados, constando (en la Memoria correspondiente al ejercicio anual terminado el 31 de diciembre de 2017) que la actividad actual de la empresa coincide con su objeto social. En el ejercicio del año 2017 contaba con 282 trabajadores y código CNAE 5320- Otras actividades postales y de correos-, En los ejercicios 2013, 2014, 2015 y 2016 la empresa INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L tiene código CNAE 5221- Actividades anexas al transporte terrestre, estando inscrita en el Registro General de Empresas prestadoras de servicios postales, estando autorizada para la realización de los servicios postales, A (envíos postales de valor añadido y paquete postal ordinario de más de 20 kg) y B (cartas y tarjetas postales de hasta 2 kg de peso y paquetes postales de hasta 20 kg de peso).”

Para lo que se remiten al documento 1 de cada ramo de prueba, nota informativa del Registro Mercantil y 21 de INTERNATIONAL COURIER, cuentas anuales depositadas en dicho registro, que incluyen el número de trabajadores, acreditando estos documentos los extremos que se quieren incorporar y que se admiten.

Para el hecho probado tercero se propone la siguiente redacción:

“La empresa INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L., utiliza vehículos con tarjeta de transporte público ligero MDL y tienen autorización para el transporte público de mercancías MDP/MDL (vehículos matrículas 3043-JFN, 3044-JFN, 3050-JFN y 3052-JFN. 3352-JFR, 3356-JFR, 3360-JFR, 3362-JFR , 3363-JFR, 3367-JFR), constando inscrita en el Registro de Empresas y Actividades de Transporte Ministerio de Fomento como empresa prestadora de servicios de actividad de Transporte Terrestre con un total de 20 vehículos que utiliza para su actividad empresarial, de los cuales 16 de ellos (3345 JFR, 3347JFR, 3349JFR, 3351JFR, 3043-JFN, 3044-JFN, 3050-JFN, 3052-JFN, 3352-JFR, 3356-JFR, 3360-JFR, 3362-JFR , 3363-JFR, 3367-JFR 5325-JJH y 9793-JGN) son de 7000 Kg de MASA máxima en carga técnicamente admisible.

Además de realizar los servicios de mensajería, asume los servicios de facturación, comunicación con las administraciones y los recursos humanos de las restantes sociedades pertenecientes al grupo al que pertenecen las tres empresas demandadas.”

Por parte de INMEDIATE DELIVERY en su escrito de impugnación, se rechaza la redacción solicitada por los recurrentes y se propone para este hecho la siguiente:

“La empresa INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. utiliza unos 50 mensajeros que aportan sus propios vehículos, mayoritariamente motos, así como unos 40 conductores que utilizan vehículos titularidad de la Empresa, de los cuales 20 eran vehículos con tarjeta de transporte público ligero MDL, destinados al traslado de sobres y pequeña

paquetería.

Además de realizar los servicios de mensajería, asume los servicios de facturación, comunicación con las administraciones y los recursos humanos de las restantes sociedades pertenecientes al grupo al que pertenecen las tres empresas demandadas.”

Ninguna de las redacciones propuestas se admite por ser irrelevante su contenido para el resultado del pleito.

Postulan también la revisión del hecho cuarto, en la siguiente forma:

“El demandante realiza su trabajo con su propio vehículo, que es una motocicleta.

Su uniforme de trabajo lleva la inscripción de INSTAPACK desde 30/4/2018 en que la empresa ICS obliga a dejar de utilizar su uniformidad ICS.”

Tampoco se admite, porque es un dato igualmente intrascendente.

Para el hecho quinto con apoyo en los documentos 5 de INMEDIATE DELIVERY y 2 y 7 de su ramo de prueba reconocidos de contrario, proponen los recurrentes la siguiente redacción:

“La empresa INMEDIATE DELIVERY, S.L. (INSTAPACK), es una sociedad constituida en 2016 perteneciente al mismo grupo que INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L., que es TOTALIC, S.L., que cuenta con 6 trabajadores, con domicilio social en la C/ Francisco Silvela nº 42 de Madrid, anteriormente en C/ Conde de Vilches nº 25.

INMEDIATE DELIVERY, S.L. (INSTAPACK), realiza como actividad principal el servicio urgente a domicilio de todo tipo de mercancías, abarcando desde la recogida de la mercancía y el transporte hasta el destino que se designe. Asimismo, tiene también por objeto la creación, desarrollo, implantación, comercialización y mantenimiento de programas informáticos y plataformas digitales mediante las que se facilite el contacto entre personas que requieran servicios de entrega inmediata de bienes. En el ejercicio del año 2017 tiene código CNAE 5320- Otras actividades postales y de correos y 6221 Actividades de programación informática. En el ejercicio 2016 tiene código CNAE 5221- Actividades anexas al transporte terrestre y 6221 Actividades de programación informática.

Dicha empresa subcontrata el 100% de los pedidos recibidos a través de la web de INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L., siendo uno de los proveedores de servicios de reparto de AMAZON, actividad que subcontrata a INTERNET COMMERCE SOLUTIONS, S.L.

INMEDIATE DELIVERY, S.L. cuenta con autorización administrativa de Operador de Transporte, no contando para su actividad empresarial con ningún vehículo registrado en el Registro de Empresas y Actividades de Transporte Ministerio de Fomento”.

Y para el párrafo tercero de dicho ordinal quinto INMEDIATE DELIVERY solicita en su escrito de impugnación la siguiente redacción:

“Dicha empresa subcontrata el 100% de los pedidos recibidos a través de la web a INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L., siendo uno de los proveedores de servicios de reparto de AMAZON, actividad que subcontrata a INTERNET COMMERCE SOLUTIONS, S.L.”

Se admite la revisión propuesta por los recurrentes quedando la redacción del párrafo tercero como propone la empresa, en tanto consideramos subsana un error, que se desprende del documento que cita nº 10 de su ramo de prueba, consistente en el contrato de prestación de servicios de mensajería suscrito entre IMMEDIATE DELIVERY e ICS, en el que consta que ésta es la prestadora de servicios que le son encargados por aquélla. Reconoce IMMEDIATE que no tiene vehículos porque no los necesita al subcontratar el total de pedidos que se le encargan.

Solicitan los actores que el tenor del hecho sexto pase a ser como sigue:

“La empresa INTERNET COMMERCE SOLUTIONS, S.L., con domicilio social en Coslada (Madrid), C/ Marconi nº 1, realiza como actividad principal la prestación de servicios de recadería, mensajería, reparto, manipulación, distribución y almacenaje de paquetería y documentación, pertenece al mismo grupo que las otras dos demandadas, TOTALIC, S.L., habiendo sido creada en el año 2017, y cuyo único cliente es IMMEDIATE DELIVERY, S.L. a quien presta el servicio de los servicios encargados por AMAZON, consistiendo en el reparto de las mercancías que AMAZON vende por internet.

Para realizar dicho reparto, la empresa cuenta con motos y vehículos de menos de 2.000 kg de masa máxima autorizada (no sujetos a ninguna licencia habilitante) y con vehículos de entre 2.000 y 3.500 kg de masa máxima autorizada, para los que cuenta con licencias de vehículos ligeros, denominadas MDL. Salvo las motos, que son propiedad de la empresa, el resto de vehículos están alquilados mediante contratos de renting flexible.

INTERNET COMMERCE SOLUTIONS, S.L consta inscrita en el Registro de Empresas y Actividades de Transporte Ministerio de Fomento como empresa prestadora de servicios de actividad de Transporte Terrestre con un total de 323 vehículos que utiliza para su actividad empresarial identificados con números de matrícula -según documento 7 de la parte actora- que se dan por reproducidos”.

Modificación intrascendente para el resultado de la Litis, que se inadmite.

Se solicita también por la parte actora la adición de los siguientes hechos como probados:

“INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. declara como Actividades Económicas de la AEAT correspondiente al ejercicio 2018, el epígrafe IAE 8495 - SERVICIOS R”E”D. REPARTO Y MANIP. CORRES- y el epígrafe del IAE 756 – ACTIVIDADES AUXILIARES Y COMPLEMENTARIAS DEL TRANSPORTE-.

IMMEDIATE DELIVERY SL está dada de alta en el censo de Actividades Económicas de la AEAT correspondiente al ejercicio 2019 epígrafe IAE: 756 - ACTIV. AUXILIARES Y COMPLEMENTARIAS TTE actividad que desarrolla en: CL CONDE DE VILCHES, 25 -

MADRID y epígrafe IAE: 849.5 - SERVICIOS MENSAJERIA, R" E" DER., Y REPARTO que desarrolla en Madrid con Local afecto indirectamente en: CL CONDE DE VILCHES, 25 – MADRID.

INTERNET COMMERCE SOLUTIONS SL está dada de alta en el censo de Actividades Económicas de la AEAT correspondiente al ejercicio 2019 epígrafe IAE: 849.5 - SERVICIOS MENSAJERIA, R" E" DER., Y REPARTO que desarrolla en Madrid y en Local afecto indirectamente en: CL CONDE DE VILCHES, 25 – MADRID”

No se admite por ser igualmente irrelevante para la resolución de la Litis.

“INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L, así como las codemandadas, APROVISIONA Y ALMACENA mercancía de clientes, organizando y controlando dichos procesos. Esta mercancía es almacenada y manipulada por la empresa que realiza la actividad de gestión de stocks del proceso productivo del cliente, clasificando y almacenando su mercancía hasta la preparación del correspondiente pedido o entrega. También se TRANSPORTA y DISTRIBUYE la mercancía de los clientes, organizando, gestionando y controlando el transporte y su distribución. Para todo ello se utiliza como infraestructura física el Almacén de Logística de Coslada y el centro de trabajo de la calle Conde de Vilches n.º. 1, así como medios materiales y humanos (vehículos, personal de las empresas, etc.) necesarios para dichos propósitos.”

“En el almacén de logística de Coslada de la calle Marconi n.º. 1, prestan indistintamente servicios trabajadores de todas las empresas codemandadas, al igual que en el centro de Conde de Vilches.”

Para ello se apoyan en fotos y videos del almacén de Coslada y de Conde de Vilches, pruebas gráficas que no son susceptibles de revisión en fase de recurso, por lo que no puede admitirse la adición.

“El actor ha prestado indistintamente servicios de entrega de mercancía para la empresa INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. así como sucesivamente para la codemandada INMEDYATE DELIVERY S.L. trasladando y entregando mercancía (albaranes) a sus clientes”.

Se remiten al documento 39 de INTERNATIONAL COURIER, que consiste en albaranes de entrega del mismo trabajo de los actores por servicios prestados indistinta y sucesivamente a favor de dicha empresa y de INMEDIATE DELIVERY y 10 a 33 de su ramo de prueba reconocidos por dichas empresas, también albaranes de ambas empresas dirigidos a los mismos clientes de forma sucesiva.

Por INTERNATIONAL COURIER se aduce en su escrito de impugnación que el servicio inicialmente prestado bajo la marca ICS se presta por INSTAPACK a partir de 2018, considerando que los recurrentes confunden marcas con empresas, omitiendo las fechas de los albaranes, no acreditando que en ningún caso se prestaran servicios por empresa diferente a INTERNACIONAL COURIER, haciendo hincapié en que INMEDIATE DELIVERY tiene subcontratado el servicio de reparto con INTERNATIONAL COURIER.

No se admite la adición al no desprenderse de forma clara y directa del elevado número de albaranes que componen el documento, los extremos que se pretenden.

“Don Carlos Nieto, superior jerárquico del actor, presta servicios indistintamente para INTERNATIONAL COURIER SOLUTION SL, como Responsable de Tráfico, así como para la codemandada INTERNET COMMERCE SOLUTIONS, S.L como Responsable Prime Now Amazon de los servicios encargados por AMAZON a esta empresa, dando, indiferenciadamente, soporte a todas las empresas del grupo en la gestión de vehículos y tarjetas de transporte”.

“Doña Hortensia Llorente Linacero, presta servicios para la codemandada IMMEDIATE DELIVERY S.L., constando de alta en esta empresa, así como, indiferenciadamente, presta servicios de dirección y organización para INTERNATIONAL COURIER SOLUTION SL y para INTERNET COMMERCE SOLUTION SL”.

Sobre la base de los documentos 1, 2, 3, 5, 7, 47 y 50 de su ramo de prueba, 6 de IMMEDIATE DELIVERY y 17 de INTERNET COMMERCE, reconociendo INTERNATIONAL COURIER en su escrito de impugnación el documento 50, señalando que hubo una necesidad puntual derivada por determinadas bajas, lo que provocó que el Sr. Nieto se hiciera cargo de esta circunstancia, lo que califica como un hecho puntual y respecto de la Sra. Llorente afirma que es trabajadora y apoderada de TOTALICS, S.L. y socia única de IMMEDIATE DELIVERY.

Se admite la adición.

“INTERNATIONAL COURIER SOLUTION SL mantiene cuentas corrientes con todas las empresas del grupo dentro del epígrafe “I” en empresa del grupo y vinculadas.

El patrimonio social inmovilizado de INTERNATIONAL COURIER SOLUTION SL al cierre del ejercicio 2017 alcanzaba un valor de 3.467.230 euros y está compuesto por construcciones (2.100.00 euros), maquinaria (28.815 euros), otras instalaciones (905.881€), mobiliario (152.398 euros), equipos para proceso de información (139.620€), elementos de transporte o vehículos (51.111€), otro/os inmovilizado material (69.655 y 18.750 euros).

IMMEDIATE DELIVERY SL al cierre del ejercicio 2017 ingresó en servicios prestados por los trabajadores de las empresas INTERNATIONAL COURIER SOLUTION SL e INTERNET COMMERCE SOLUTIONS, S.L 4.023.725,61 y 3.857.709,06 euros respectivamente y no posee inmovilizado en construcciones, ni en maquinaria, ni dispone de elementos de transporte, ni dispone de equipos para proceso de información ni Instalaciones técnicas .

INTERNET COMMERCE SOLUTIONS, S.L al cierre del ejercicio 2017 no dispone de patrimonio inmovilizado en construcciones ni instalaciones técnicas ni maquinaria, ni equipos para proceso de información.

En el ejercicio 2017 el importe neto de la cifra de negocios (ventas) de la empresa INTERNATIONAL COURIER SOLUTION SL alcanza un valor de 11.541.770,00 €, el de IMMEDIATE DELIVERY, S.L. INSTAPACK, 8.843.707,75 € y el de INTERNET COMMERCE SOLUTIONS SL 3.860.013,78 €.”

Lo que se rechaza por ser irrelevante para alterar el signo del fallo.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social alegan los recurrentes la prestación indistinta de trabajo por su parte y de otros trabajadores, simultánea o sucesivamente, para varias de las empresas del grupo o confusión de plantillas, así como la confusión patrimonial, el uso y manejo de la personalidad jurídica (crear empresas aparentes) y el uso abusivo de la dirección unitaria, con perjuicio para sus derechos, lo que, a su juicio, determina la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, afirmando que INSTAPACK realiza como actividad principal el servicio urgente a domicilio de todo tipo de mercancías, abarcando desde la recogida de la mercancía y el transporte hasta el destino que se designe, teniendo seis trabajadores que considera insuficientes para tal actividad, lo que determina que cuente con trabajadores de otras empresas del grupo. Así indican que prestan indistintamente sus servicios para INTERNATIONAL COURIER, donde están en alta y para INSTAPACK, estando a disposición de ambas y a sus órdenes, tanto en los locales de Conde de Vilches como en el de logística de Coslada de ICS, siendo su superior Don Carlos Nieto que también está de alta en INTERNATIONAL COURIER y ejerce un puesto directivo en INSTAPACK. En cuanto a la confusión patrimonial, señalan que todas usan el patrimonio social de ICS de forma indistinta y sus infraestructuras y medios de producción. Así INSTAPACK cuenta sólo con 6 trabajadores y para llevar a cabo su actividad económica usa las relaciones laborales de las que es titular ICS beneficiándose de forma indistinta de su trabajo y de otros trabajadores de la plantilla de ICS; INSTAPACK que es operador de transporte, pero no tiene vehículos ni maquinaria usa los vehículos y maquinaria de titularidad registrada en el Reg. del Ministerio de Fomento de las codemandadas de INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, SL e INTERNET COMMERCE SOLUTIONS, S.L, que llevan su logo (INSTAPACK) Y dichos vehículos son conducidos por personal de otra empresa del grupo, evidenciándose, a juicio de los recurrentes una situación de gran confusión de plantillas y patrimonial. Además señalan que ICS tiene un patrimonio considerable que incluye equipos para proceso de información (139.620 €) e instalaciones técnicas, de las que carece INSTAPACK que utiliza la infraestructura, medios de producción y patrimonio social de ICS, concluyendo que INSTAPACK, no disponiendo de equipos para proceso de información ni de instalaciones técnicas y sólo con 6 trabajadores, realiza como actividad principal, además de la recogida de mercancía y el transporte, la creación, desarrollo, implantación, comercialización y mantenimiento de programas informáticos y plataformas digitales mediante las que se facilite el contacto entre personas que requieran servicios de entrega inmediata de bienes (así consta en -DOCUMENTO 21 EMPRESA- la Memoria correspondiente al ejercicio anual terminado el 31 de diciembre de 2017), por lo que entiende que hay una empresa real, ICS, y otra aparente, INSTAPACK, que bajo el velo de ser cliente único de ICS usa a ésta como pantalla.

Por INTERNET COMMERCE SOLUTIONS se alega en su escrito de impugnación que se constituyó en 2017 con el fin de dedicarse exclusivamente a realizar los servicios de transporte que un único cliente, AMAZON, le encarga. Es decir que la actividad de INTERNET COMMERCE SOLUTIONS, S.L. es la de prestar servicios de recadería, mensajería, reparto, manipulación, distribución y almacenaje de paquetería y documentación y su actividad se centra exclusivamente en servicios de paquetería y mensajería, donde se facturó un total de 3.860.013,78 euros, según el documento 18 aportado por su parte, cuentas anuales de 2017, no haciendo logística en ningún momento, disponiendo de 323 vehículos, por lo que considera de

aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Mensajería, que es el que se viene aplicando, como ha considerado la resolución impugnada, negando la utilización del almacén de logística de Coslada o el centro de trabajo de la Calle Conde De Vilches, dado que sus trabajadores salen de la nave de AMAZON donde les cargan la mercancía para repartir directamente, sin almacenamiento previo por su parte, negando que la utilización por todas las empresas del logo INSTAPACK implique que sean un grupo de empresas a efectos laborales. Afirma que el Sr. Nieto solo presta servicios para INTERNATIONAL COURIER SOLUTIONS y que el hecho que se ha reconocido en todo momento, de que esta empresa haga de “servicios centrales” para INTERNET COMMERCE, no conlleva confusión patrimonial, ni unidad de caja ni confusión de plantillas, remitiéndose a las sentencias de la Audiencia Nacional, 171/2013, de 30 de septiembre, y 131/2018 de 3 septiembre, y del TSJ de Madrid, en su sentencia 952/2013 de 11 noviembre, considerando que no hay grupo de empresas conforme a la sentencia 373/2017 de 27 de abril del Tribunal Supremo, negando que sea de aplicación a su personal el convenio colectivo de Logística, Paquetería y Actividades Anexas al transporte de Mercancías de la Comunidad de Madrid, dado que no realiza ninguna de las actividades a las que la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, Ley 16/1987, de 30 de julio, dedica su Título IV denominándolas “actividades auxiliares y complementarias del transporte por carretera”, que son actividades puramente de mediación, contempladas en los artículos 119 y siguientes de la citada Ley, y que pueden realizarse como “Operador de Transporte”, “Agencia de Transporte”, “Transitario”, Operador Logístico” o como “Almacenista-distribuidor”, señalando que dicho convenio en su artículo 1 excluye a las empresas que tengan como actividad principal el transporte de mercancías.

Por parte de INMEDIATE DELIVERY (INSTAPACK) se aduce que las tres codemandadas son parte del mismo grupo empresarial, habiendo sido la impugnante constituida para la creación y gestión de la web www.instapack.es, a través de la cual recibe los pedidos de los clientes, que subcontrata con IComerce (Amazon) o ICS (el resto de los clientes), por lo que, a su juicio, nada tiene de extraño el hecho de que no disponga de vehículos, o que solo tenga 6 trabajadores, porque para sus labores no necesita más, poniendo de relieve que INSTAPACK es la marca comercial, registrada por ella, bajo la que operan todas las empresas del grupo, siendo ICS la empresa original, dedicada principalmente a la mensajería, entendida en sentido estricto cuyo cliente principal es Immediate Delivery, quien le encarga la realización de los repartos realizados por los clientes del grupo a través de la web siendo la empresa que presta los servicios centrales del grupo, por los que factura a las restantes integrantes del grupo las cuantías correspondientes; ICOMMERCE es la empresa creada por el grupo para hacer frente a los servicios de reparto de paquetería del cliente Amazon, servicio que le subcontrata Immediate Delivery: como tal, su actividad consiste en que sus vehículos acuden a las instalaciones de Amazon en Madrid, Barcelona o Valencia, para repartir los paquetes de dicha empresa, afirmando que no hay grupo patológico, no existiendo confusión de patrimonios, contabilizando y facturando cada empresa las operaciones intragrupo, ni confusión de caja, teniendo cada una sus propias cuentas bancarias y aunque la gestión de caja es centralizada, esto no es sino lo que la jurisprudencia denomina cash pooling, que no es equivalente a la unidad de caja, según la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo n.º 869/2017 de 10 noviembre, RJ 2017\5282, rcud. 3049/2015; no hay confusión de plantilla ya que los trabajadores de ICS prestan sus servicios en los centros de trabajo de Conde de Vilches y en el almacén de Coslada, los de IComerce lo hacen desde las instalaciones de Amazon y los de Immediate Delivery sí prestaron sus servicios durante un tiempo en Conde de Vilches, pero lo

hacían en una sección de las oficinas alquilada a ICS, perfectamente separada, y llevaban a cabo funciones claramente diferenciadas a las de los trabajadores de ICS, al dedicarse los de Immediate Delivery a una tarea específica como la gestión de la web y actualmente su domicilio social está en otras oficinas en la c/ Francisco Silvela 42. No considera indiciario de confusión de plantillas el que los trabajadores presten servicios bajo una marca común, lo que se hace para maximizar la presencia comercial del grupo, remitiéndose a la STS de 29 diciembre 2014, RJ 2015\1372, rc. 83/2014, conforme a la cual el uso de una marca común no es indiciario de la existencia de un grupo patológico, como considera que tampoco lo es el que ICS preste los denominados “servicios centrales” para el resto de las empresas del grupo. Reconoce que las empresas comparten apoderados y algunos gestores, pero señala que la dirección unitaria no es síntoma ni indicio de un grupo patológico, sino simplemente una muestra legítima de la coordinación propia de un grupo de empresas. Además aduce que aunque se determinase que ICS e Immediate Delivery forman parte del mismo grupo patológico, ello no sería suficiente para determinar la aplicación del convenio de logística, reconociendo que esta última es titular de una tarjeta de operador de transporte, pero que no sirve para realizar labores de transporte sino que su finalidad es permitir “intermediar en la contratación de transportes de mercancías por carretera”, es decir, es una autorización necesaria para quienes, en nombre o por cuenta de sus clientes, contratan a transportistas para que realicen el transporte, no para quienes prestan servicios de transporte y, dado que ICS utiliza para una pequeña parte de sus servicios vehículos con tarjeta MDL, Immediate Delivery necesita la tarjeta de operador de transporte para poder subcontratarle algunos servicios. Concluye que dado que la tarjeta se utiliza para subcontratar a las propias empresas del grupo, si se acepta la tesis del grupo patológico se trataría de un solo empresario y estaría utilizado esa autorización para subcontratar consigo mismo, y por tanto no sería necesaria y concluye que solo tienen 6 trabajadores por lo que difícilmente puede considerarse que su actividad sea la principal dentro del grupo.

Por último INTERNATIONAL COURIER SOLUTION recoge la doctrina unificada del grupo de empresas y afirma que no ha quedado acreditada la prestación indistinta de trabajo en favor de varias empresas del grupo, indicando que las tres codemandadas están participadas en su integridad por TOTALICS, S.L., actuando para una misma marca INSTAPACK, que no es más que eso, afirmando que no es IMMEDIATE DELIVERY, teniendo personalidad independiente, infraestructuras independientes, personal laboral independiente y no confuso, reconociendo que forman un grupo a efectos mercantiles según dispone el Código de Comercio y que entre ellas se prestan servicios tal como se ha acreditado, no habiendo confusión patrimonial ni unidad de caja ni dirección abusiva ni uso fraudulento de la personalidad jurídica. En cuanto al convenio aplicable, pone de manifiesto que tras el acuerdo de avenencia en el acto de conciliación el día 21 de marzo de 2013, ante la Audiencia Nacional, el sentido y el tenor literal del art. 3 del II Acuerdo General para las Empresas de Transporte de Mercancías por Carretera, en su nueva redacción, ya no determina la inclusión automática dentro de su ámbito funcional a las empresas que dispongan de títulos habilitantes de Transportista o de Operador de Transporte regulados por la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, sino la actividad de mensajería que exija autorizaciones administrativas habilitantes, la de transporte de mercancías por carreteras o la de operador de transporte, y además su actividad principal esté incluida en su ámbito funcional, es decir que para realizar la actividad principal de la empresa, en este caso la de MENSAJERIA, le fueran exigibles o precisos esos títulos administrativos habilitantes regulados por la Ley 16/1987, de Ordenación de los

Transportes Terrestres, lo que niega, dado que desarrolla esa actividad principal y puede realizar otras actividades supletorias si fuera de su interés, y el hecho de que disponga de esos títulos habilitantes, no significa que por los precise para su actividad principal, sino que los posee por si fuera el caso para una concreta actividad residual afirmando que podría prescindir de ellos si lo desease porque no tiene como actividad principal, ni el transporte de mercancías, ni las actividades auxiliares y complementarias del transporte de mercancías, ni de la de logística, tampoco tiene las autorizaciones habilitantes para poder ejercer dichas actividades (ej. Operador de Transporte), por lo que concluye que no se haya dentro del ámbito funcional del Convenio Colectivo de logística, paquetería y actividades anexas al transporte la comunidad de Madrid, considerando aplicable el de mensajería y señalando que la categoría del actor es mensajero, teniendo contratados un total de 51 mensajeros que prestan sus servicios en vehículos propios, lo que significa que el 56% de los vehículos empleados para el reparto son propiedad de los propios trabajadores, que además carecen de MDL y el 82% de los vehículos que utiliza para el reparto también carecen de MDL. Aduce la empresa que en el hipotético caso de que se estimara la existencia de grupo laboral, la actividad preponderante sería la postal y de correos, servicios de mensajería, recadería y reparto y manipulación de correspondencia, determinando todo ello la aplicación del convenio colectivo estatal de mensajería.

Respecto de la cuestión relativa a la existencia o no de grupo laboral de empresas, hemos de estar a la doctrina unificada del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 11-07-2018, nº 747/2018, rec. 81/2017:

“2.Requisitos de la empresa de grupo.

La STS 656/2018 de 20 junio (rec. 168/2017) realiza un completo inventario acerca de la doctrina que hemos ido sentando sobre la cuestión abordada por este motivo de recurso.

1.- Precisión terminológica sobre el «grupo de empresas».-Resta por examinar la posible existencia de grupo de empresas a efectos laborales, que subyace en los dos últimos motivo hasta el momento no tratados, el de la empresa [la concurrencia de la causa, limitada a la situación económica en «Foisá»] y también en el de la Comisión accionante [insuficiencia en la documentación aportada].

Para empezar recordemos una precisión terminológica que hemos efectuado en los tiempos recientes e indicativa de que "la expresión «grupo patológico» ha de ser reservada para los supuestos en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria se enmarcan en el terreno de la ocultación o fraude, pero cuando los datos objetivos que llevan a esa responsabilidad laboral no se ocultan, no responden a una actuación con finalidad defraudatoria ni atienden a abuso alguno, la terminología más adecuada más bien debiera ser la de «empresa de grupo» o «empresa-grupo», que resultaría algo así como el género del que aquél -el grupo patológico- es la especie, cualificada precisamente por los referidos datos de abuso, fraude u ocultación a terceros" (así, SSTS -todas ellas de Pleno-20/10/15 -rco 172/14-, asunto «Tragsa»;850/2017, de 31/10/17-rco 115/17-, para «Ayuntamiento de Isla Cristina»; y869/2017, de 10/11/17-rcud 3049/15-, asunto «Tecno Envases, SA»).

2.- Los requisitos en general del «grupo» .-Efectuado tal precisión, corresponde referir nuestra doctrina sobre la existencia de grupo empresarial a efectos laborales -sea «grupo patológico» o simple «empresa-grupo»-, que ha sido desarrollada en numerosas resoluciones del Pleno de

la Sala [SSTS 27/05/13 -rco 78/12-, asunto «Aserpal»; ...;28/01/14 -rco 16/13-, asunto «Jtekt Corporation»;04/04/14 -rco 132/13-, asunto «Iberia Exprés»;21/05/14 -rco 182/13-, asunto «Condesa»;02/06/14 -rcud 546/13-, asunto «Automoción del Oeste»;...;22/09/14 -rco 314/13-, asunto «Super Olé» ; ...; -24/02/15 -rco 124/14-, asunto «Roto encuadernación»; y16/07/15 -rco 31/14-, asunto «Iberkake»] y que puede ser resumida con las siguientes indicaciones:

«a).- Que son perfectamente diferenciables el inocuo -a efectos laborales- «grupo de sociedades» y la trascendente -hablamos de responsabilidad- «empresa de grupo».

b).- Que para la existencia del segundo -empresas/grupo- «no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales», porque «los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son».

c).- Que «la enumeración -en manera alguna acumulativa- de los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresa del grupo bien pudiera ser la que sigue: 1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y 5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores».

d).- Que «el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad» (así, SSTS 20/10/15 -rco 172/14-,para «Tragsa»; 450/2017, de 30/05/17-rco 283/16-,asunto «Aqua Diagonal Wellness Center SL»;850/2017, de 31/10/17-rco 115/17-,para «Ayuntamiento de Isla Cristina»; 866/2017, de 08/11/17-rco 40/17-,asunto «Cemusa»;869/2017, de 10/11/17-rcud 3049/15- ,asunto «Tecno Envases, SA»)

3.- Concretos elementos determinantes.- Finalmente, sobre los referidos elementos adicionales son imprescindibles las precisiones -misma doctrina de la Sala- que siguen:

a).- Funcionamiento unitario con confusión de plantillas.- En los supuestos de «prestación de trabajo "indistinta" o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo nos encontramos... ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores»; situaciones integrables en el art. 1.2. ET EDL 1995/13475, que califica como empresarios a las «personas físicas y jurídicas» y también a las «comunidades de bienes» que reciban la prestación de servicios de los trabajadores».

b).- Confusión patrimonial.- Este elemento «no hace referencia a la pertenencia del capital social, sino a la pertenencia y uso del patrimonio social de forma indistinta, lo que no impide la

utilización conjunta de infraestructuras o medios de producción comunes, siempre que esté clara y formalizada esa pertenencia común o la cesión de su uso»; y «ni siquiera existe por encontrarse desordenados o mezclados físicamente los activos sociales, a menos que "no pueda reconstruirse formalmente la separación"».

c).- Unidad de caja.- Factor adicional que supone el grado extremo de la confusión patrimonial, hasta el punto de que se haya sostenido la conveniente identificación de ambos criterios; hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como «promiscuidad en la gestión económica» y que al decir de la jurisprudencia alude a la situación de «permeabilidad operativa y contable», lo que no es identificable con las novedosas situaciones de «cash pooling» entre empresas del mismo Grupo, en las que la unidad de caja es meramente contable y no va acompañada de confusión patrimonial alguna, por tratarse de una gestión centralizada de la tesorería para grupos de empresas, con las correspondientes ventajas de información y de reducción de costes.

d).- Utilización fraudulenta de la personalidad.- Apunta a la «creación de empresa aparente» - concepto íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- y alude al fraude en el manejo de la personificación, que es lo que determina precisamente la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo», en supuestos en los que -a la postre- puede apreciarse la existencia de una empresa real y otra que sirve de «pantalla» para aquélla.

e).- Uso abusivo de la dirección unitaria.- La legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio -determinante de solidaridad- cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante» (en tal sentido, las decisiones de Pleno citadas en el apartado anterior).”

A la luz de esta doctrina unificada, hemos de estar a los siguientes hechos que constan acreditados:

1º) Las tres empresas codemandadas forman un grupo de empresas, perteneciendo su capital social a TOTALIC, S.L.

2º) INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. se constituyó en el año 1993 teniendo como actividad principal la de Servicios de Recadería, Reparto y Manipulación de Correspondencia, código CNAE 5320, pudiendo realizar envíos postales de valor añadido y paquete postal ordinario de más de 20 kg) y cartas y tarjetas postales de hasta 2 kg de peso y paquetes postales de hasta 20 kg de peso.

3º) INMEDIATE DELIVERY, se constituyó en 2016 y es la propietaria de la marca INSTAPACK siendo la que aparece con esta marca en el mercado ofreciendo el servicio de transporte de mercancías.

4º) INMEDIATE DELIVERY tiene 6 trabajadores y no dispone de vehículos, porque, como indica no los necesita, reconociendo en su escrito de impugnación que aunque se presenta en el mercado con una empresa de mensajería que ofrece tales servicios a sus clientes, su actividad consiste en gestionar los pedidos en la web y encargárselos a alguna de las codemandadas.

5º) INMEDIATE DELIVERY subcontrata efectivamente el 100% de los pedidos recibidos a través de su web a INTERNATIONAL COURIER SOLUTION que tiene 282 trabajadores que prestan sus servicios con uniforme con el logotipo INSTAPACK.

6º) Además de realizar los servicios de mensajería, INTERNATIONAL COURIER SOLUTION asume los servicios de facturación, comunicación con las administraciones y los recursos humanos de las restantes sociedades pertenecientes al grupo del que forman parte las tres empresas demandadas.

7º) Aparte de los encargos que llegan a INMEDIATE DELIVERY por la web, esta empresa presta el servicio de reparto del cliente AMAZON, subcontratándolo íntegramente a INTERNET COMMERCE SOLUTIONS,

8º) INTERNET COMMERCE SOLUTIONS, S.A, fue creada en el año 2017 y tiene un único cliente: INMEDIATE DELIVERY, para prestar el citado servicio a AMAZON

9º) Las empresas comparten apoderados y algunos gestores.

Así pues nos encontramos con que TOTALICS, propietaria del 100% de las acciones de INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, que venía operando en el mercado desde el año 1993, como empresa de transporte de mercancía, en el año 2106 decide crear una sociedad, INMEDIATE DELIVERY, que registra una nueva marca INSTAPACK con la que va a aparecer ahora en el mercado a través de una página web que capta los pedidos que va a seguir ejecutando INTERNATIONAL COURIER, de manera que la nueva sociedad se interpone entre los clientes y esta empresa que ya no recibe pedidos pero sigue prestando el mismo servicio, si bien ahora sus trabajadores no llevan en su uniforme el logotipo ICS sino el de la nueva marca INSTAPACK. Un año después, TOTALIC decide crear una nueva sociedad, INTERNET COMMERCE, para prestar a través de ella los servicios a un solo e importante cliente, AMAZON, siguiendo la misma operativa, es decir es INMEDIATE DELIVERY la que contrata con AMAZON y registra sus pedidos que ejecuta INTERNET COMMERCE con sus trabajadores.

Por tanto el grupo de empresas cuya existencia es pacífica, no solo está compuesto por las demandadas sino también por su matriz y propietaria de sus acciones, TOTALIC que es la que crea tres empresas para la prestación de un mismo servicio de transporte de mercancías que antes se realizaba exclusivamente por INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, manteniendo la oferta en el mercado como una única actividad bajo la marca INSTAPACK. Por tanto la actividad que INMEDIATE DELIVERY bajo la marca INSTAPACK contrata con los clientes se desarrolla por otras dos empresas, encargándose los trabajadores de ICS de todos los pedidos que aquélla recibe excepto los de AMAZON que se realizan por los trabajadores de INTERNET COMMERCE.

INTERNATIONAL COURIER SOLUTION asume los servicios de facturación, comunicación con las administraciones y los recursos humanos de las restantes sociedades pertenecientes al grupo en el que se integran las tres empresas demandadas, es decir continúa realizando la misma actividad que realizaba desde su constitución en 1993, aunque ahora le lleguen los encargos a través de la interpuesta INMEDIATE DELIVERY y un cliente se sirva exclusivamente por los trabajadores que figuran en la plantilla de INTERNET COMMERCE,

cuya gestión sigue llevando INTERNATIONAL COURIER.

Esta forma de operar hemos de examinarla a la luz de la doctrina unificada recogida en la sentencia del Alto Tribunal de 21-05-2015, rec. 231/2014, que dice lo siguiente:

“a) Resta por despejar, si S era una empresa aparente, concepto unido normalmente a la confusión patrimonial y de plantillas, con el que se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo», a lo que anticipamos desde ahora una respuesta positiva. - Nuestra respuesta ha de ser obligadamente positiva, aunque no se haya acreditado confusión de plantillas y confusión patrimonial entre S y la totalidad de empresas del grupo, porque se ha probado contundentemente que S estaba dirigida por managers de “E”, lo cual nos sitúa en un escenario absolutamente atípico en el que el personal de S se encuadraba y dirigía por trabajadores de otra empresa del grupo, cuya organización... absolutamente centralizada, hasta tal punto que los préstamos de “I” a sus participadas exigían su autorización escrita, pudiendo reservarse, incluso, la modificación de las condiciones de remuneración de los préstamos. - Dicha jibarización empresarial y su sustitución por directivos de otra empresa del grupo nos permite concluir que S no era propiamente una empresa autónoma, sino una división o área de “E”, como demuestra que, al poco tiempo de producirse los despidos y las modificaciones sustanciales, “E” absorbiera a S.- Dicha conclusión no puede enervarse, a nuestro juicio, aunque se haya acreditado que “E” facturaba genéricamente a S los servicios gerenciales, sin haberse acreditado, siquiera, que la facturación se realizara en condiciones de mercado, por cuanto mantener una empresa sin dirección propia, al haberse prescindido de la misma desde 2011, mediante lo que los demandados denominaron significativamente "externalización de las tareas directivas", la hace irreconocible como tal empresa, especialmente cuanto se encuadra en un grupo de empresas, que centraliza absolutamente todos los servicios y decide sobre cualquier decisión de gestión o financiera de la empresa, por cuanto la supresión artificiosa de la dirección de S la vacía de contenido como empresa diferenciada dentro del grupo, lo que constituye, según nuestra opinión, un ejercicio abusivo de la dirección unitaria, así como de la personalidad jurídica, puesto que el mantenimiento de una empresa sin dirección propia dentro del grupo constituye, por artificioso, un ejercicio anormal del poder de dirección y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante;

(..)

3.- En el recurso formulado por la representación de los trabajadores a través de la Comisión " ad hoc " se plantean siete motivos de casación. Los seis primeros de revisión fáctica ex art. 207.e) LRJS y el séptimo de infracción jurídica ex art. 207.e) LRJS; mediante los que se pretende, en definitiva, que se declare la existencia de un grupo de empresas con responsabilidad solidaria integrado por todas las sociedades codemandadas, concluyendo que " En suma, todo este conjunto de elementos fácticos pone en evidencia que estamos ante un grupo que actúa bajo una dirección unitaria que desborda los límites propios de las unidades independientes que aparentan ser. Esa actuación unitaria de todas conlleva que la empresa sea el conjunto de ellas, al margen de las apariencias jurídicas creadas, y, por tanto, que la condición de empresario recaiga en todos los que figuran como titulares de las varias empresas que, aunque formalmente distintas, actúan en realidad como una única, con la consiguiente

responsabilidad solidaria de quienes la integran solicitando por ello la estimación de este motivo y con revocación parcial de la sentencia de instancia y manteniendo el pronunciamiento de nulidad, se extienda la condena solidaria a todas las codemandadas ".

(...)

c) Por otra parte, la doctrina de esta Sala de casación sobre el grupo de empresas a efectos laborales y su incidencia en la responsabilidad de sus integrantes (entre otras, SSTS/IV 27-mayo-2013 -rco 78/2012; 19-diciembre-2013 -rco 37/2013, 22- septiembre-2014 -rco 314/2013, 26-marzo-2014 -rco 86/2014, 20-noviembre-2014 -rco 73/2014) no es sino un medio o instrumento estructurado para intentar determinar quién es verdadero empresario de los trabajadores demandantes conforme, en su caso, al art. 1 ET (e incluso al art. 44.2 ET), como se refleja, entre otras, en la STS/IV 26-marzo-2014 (rco 86/2014) al razonar que aun cuando conste como actividad de M... la fabricación de mobiliario para el cuarto de baño, siendo el distribuidor en exclusiva y único cliente P..., tratándose... de una diversificación que se efectúa por razones de operatividad, bien puede decirse, que en el presente caso, la "dirección unitaria" de las tres sociedades demandadas que se ha descrito, constituye, en realidad la "organización y dirección" a que alude el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores, cuando hace referencia al "empleador o empresario", o dicho de otra manera, en puridad no existe una titularidad jurídica empresarial de cada una de las sociedades demandadas, pues aun formalmente distintas, actúan en realidad como una única empresa, constituyendo pues el verdadero empresario, con la responsabilidad solidaria que de ello se deriva para todas las sociedades que integran formalmente el grupo o en la SSTS/IV 25-junio-2014 (rco 165/2013) al afirmar que Existiendo un grupo de empresas a efectos laborales, como es el caso que nos ocupa, eso significa que estamos ante "una realidad empresarial única y centro de imputación de las obligaciones y responsabilidades frente a los trabajadores de las empresas (STS 16/9/2010). En otras palabras, que el grupo de empresas es, en estos casos, el verdadero empresario a que se refiere el art. 1.2 del ET "). Y ello bien se trate de situaciones de normalidad de las relaciones intersocietarias pero que evidencien que los frutos del trabajo redundan en beneficio común de los integrantes del grupo que como un todo asume el riesgo empresarial asumiendo la condición de verdadero empresario (arts. 1.1, 8 o 44.2 ET) o bien si tal interrelación aflora en situaciones de anormalidad cuando tales relaciones pretenden encubrirse distribuyendo irregularmente beneficios y/o pérdidas o la asunción de responsabilidades y deba acudir a construcciones, como la del " levantamiento del velo " (Doctrina y jurisprudencia parten de que la regla debe ser el respeto de la personalidad moral; pero a seguido admiten la necesidad ocasional de levantar el velo, porque lo impone "la realidad de la vida y el poder de los hechos" o "la preeminencia de las realidades económicas sobre las formas jurídicas"; hasta se apela al interés público o a la equidad - STS/IV 26-diciembre-2011 rco 139/2001), para evidenciar posibles abusos de la estructura formal societaria en beneficio de otras personas físicas o jurídicas con el derivado y presumible perjuicio a los trabajadores y a otros acreedores (arts. 6 y 7 Código Civil) con el fin de declarar la responsabilidad solidaria de todos los integrantes del grupo (art. 1911 Código Civil) y o impedir la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir (art. ex art. 6.4. CC (EDL 1889/1)); y

(...)

2) No se niega que por la distribución de objetos, funciones y actividades entre las diversas sociedades del grupo (HP 2º) pudiera tener S adscritos servicios específicos, clientes y ciertos medios materiales y personales propios, pero carecía de dirección empresarial propia (HP 3º), por lo que la realidad evidenciaba que la toma de decisiones no dependía de ella, no constituyendo, por tanto, una verdadera empresa al faltarle uno de los elementos esenciales para la configuración de dicho concepto. La misma conclusión cabría alcanzar reforzándola, partiendo de los hechos probados de los que sería dable deducir que BVI mantenía el control societario de las demás empresas del grupo, que existía una estructura centralizada y un sistema de gestión centralizada (cash pooling) y que el grupo operaba mediante una plataforma de precios denominada facturación en espejo; en definitiva sin es dable entender que sí un empresa que pretende calificarse de real e independiente puede también externalizar a favor de otra sociedad, aunque se trate de otra empresa del grupo, toda una serie de servicios como los que se describen en el no combatido por las recurrentes HP 4º como realizados por la empresa cabecera del grupo, la también condenada en instancia "B ", consistentes, entre otros, tan trascendentes como los " servicios de soporte recibidos, relacionados con recursos humanos y personal, control administrativo de crédito a clientes, servicios de gestión financiera, contabilidad, servicios de asistencia y mantenimiento informático, asesoramiento legal, bastos de marketing y comerciales", la puesta en valor de " sus derechos de propiedad intelectual, así como su capacidad de prestar servicios tecnológicos y corporativos " (incluyen patentes, marcas, procesos, software), los " protocolos de actuación pormenorizados, que se utilizan por las empresas del grupo, quienes comparten oficinas, cuyo titular es "I", quien repercute a las demás empresas del grupo el precio de alquiler y suministros por la cesión de la superficie necesitada para su actividad, a precio de mercado ", el sistema de registro de tiempos de trabajo como regla, la existencia de un contrato de " cashpooling " con una entidad bancaria en el que las diferentes compañías del grupo B en España depositan todos sus ingresos e "I" les proporciona, a su vez, los créditos necesarios para atender a sus gastos de explotación a un precio muy inferior al del mercado, el que la citada empresa matriz " dispone, a su vez, de una plataforma de costes, denominada también "facturación en espejo", en la que se distingue perfectamente entre los trabajos realizados a empresas del grupo y a terceros " o que " Las empresas del Grupo B en España comparten servicio de prevención mancomunado; evaluación de riesgos laborales y planes de emergencia "; y

3) En definitiva, que el clásico " levantamiento del velo " a que alude la sentencia de instancia no es otra cosa, en el ámbito laboral, que la aplicación del principio de realidad en punto a la identificación del sujeto a quien el art. 1.2 ET asigna a cualidad de empleador y cuya determinación corresponde a los órganos jurisdiccionales sociales; por lo que sin que las evidencias fácticas anteriormente referidas hayan sido combatidas no se puede pretender en el recurso empresarial que haya existido vulneración de la jurisprudencia al asignar la condición de verdadero empresario a las tres entidades condenadas y, finalmente, que tampoco es aplicable al caso la jurisprudencia que aporta dicha parte recurrente sobre empresas con objeto ilusorio o finalidad defraudatoria al ser esas circunstancias ajenas a la " ratio decidendi " de la sentencia recurrida.

b) Las sociedades recurrentes afirman, además, -- en apartado separado --, que no concurre fraude o utilización abusiva de la personalidad jurídica, que el fraude no se ha alegado y no se presume, que no consta en el relato fáctico el supuesto perjuicio causado a los trabajadores,

que la dirección centralizada no se encuentra prohibida por nuestro ordenamiento jurídico.

(...)

Para proceder a la desestimación indicada de este extremo del recurso, cabe destacar que:

(...)

2) Siendo las declaradas probadas formas de interrelaciones y de organización instrumentos que la realidad puede evidenciar que sean útiles a los fines empresariales y que por sí solos no tienen porqué causar perjuicios a los trabajadores o a otros acreedores, el perjuicio se producirá cuando alguno de los integrantes, como ahora acontece, pretenda, olvidándose de aquella forma organizativa e interrelacional, atribuir irregularmente las consecuencias de la buena o mala gestión a solamente uno o varios de los integrantes del grupo cuando por tal forma de estructuración, -- en especial en este caso por la externalización de la dirección -, la sociedad que adopta una decisión perjudicial para los trabajadores no es una verdadera empresa y pretende aparecer como tal y con plena independencia de las demás en medios y patrimonio, efectuando, sin fundamento justificado, decisiones que evidencian una distribución irregular de beneficios y pérdidas;

3) Yerra el recurso empresarial cuando considera infringida la jurisprudencia sobre imposibilidad de presumir el fraude y lo que sucede, más bien, es que existe una discrepancia sobre la valoración de los hechos probados; además, ni se ha presumido el fraude, ni la sentencia realiza afirmaciones vagas a inconcretas, pues la sentencia se ha limitado a determinar el " verdadero empresario " ex art. 1 ET a la vista de las circunstancias concurrentes y que han quedado probadas;

4) No se ha combatido, como se viene reiterando, el trascendental dato fáctico probado consistente en que la empleadora " no tiene equipo de dirección propio, ocupándose del Management de dicha mercantil personal de "E", cuyas retribuciones se facturan por dicha mercantil a S... " (HP 6º) y los razonamientos que ahora se aportan por la parte empresarial recurrente sobre la suficiencia de la estructura gerencial de la entidad son inhábiles para revisar de un dato objetivo, declarado probado y aceptado por el propio recurso; y

5) La nulidad de la modificación sustancial de condiciones de trabajo impugnada no se anuda a un déficit documental o a una inexistencia de buena fe empresarial durante el periodo de consultas, sino a una errónea presentación de la entidad formalmente empleadora como el empresario auténtico, ocultando la realidad subyacente.

c) En el último apartado del cuarto motivo del recurso empresarial se afirma por las recurrentes que no existe un grupo de empresas a efectos laborales, insistiendo que S era una empresa real y que su situación económica y productiva determinó la necesidad de ejecutar una reestructuración en su plantilla y en su actividad, que no ha existido fraude y que no concurren los requisitos exigidos jurisprudencialmente para configurar un grupo de empresas a los efectos laborales. Este extremo debe ser igualmente desestimado, pues reitera argumentos ya utilizados en otros apartados del recurso y que ya han sido rechazados, tanto más, insistimos, cuanto no se han combatido los esenciales hechos probados en que se sustenta la conclusión mantenida en la sentencia de instancia; y ya hemos afirmado y

desarrollado, al contestar al primer motivo del recurso empresarial que la doctrina de esta Sala sobre el grupo de empresas a efectos laborales y su incidencia en la responsabilidad de sus integrantes no es sino un medio o instrumento estructurado para intentar determinar quién es verdadero empresario de los trabajadores demandantes conforme, en su caso, a los arts. 1 y 44.2 ET, y, en definitiva, difícilmente puede considerarse que existe " un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio " (por emplear la fórmula del art. 44.2 ET, acuñada a otros efectos, pero muy ilustrativa) cuando en el caso de S concurren las circunstancias probadas sobre gestión centralizada y ausencia de dirección a que reiteradamente se ha aludido."

Doctrina conforme a la cual podría existir un grupo de empresas a efectos laborales pero habría de estar configurado por las tres codemandadas y por la matriz TOTALICS, por ser las cuatro las que integran el grupo de empresas, realizando una única actividad económica con un conjunto de medios organizados que comparten, apareciendo en el mercado como una única marca, pero hemos de tener en cuenta que dicha empresa matriz, propietaria de las codemandadas y sin duda la que debe dirigir el grupo, no está presente en este procedimiento al no haber sido demandada, por lo que no puede apreciarse la existencia del grupo sin poder tomar en consideración hechos imprescindibles para ello que solo pueden conocerse a través de la presencia en la Litis de la empresa que toma las decisiones de crear nuevas sociedades para canalizar su actuación, es propietaria del capital y que por tanto dirige el grupo, pero además la cuestión, en este procedimiento es irrelevante porque no contiene el suplico de la demanda pretensión alguna al respecto, perteneciendo todos los demandantes a la plantilla de INTERNACIONAL COURIER SOLUTIONS y siendo irrelevante respecto de lo que se postula la apreciación o no de la existencia del grupo laboral de empresas.

TERCERO.- Y es que lo que pretenden los recurrentes es que se aplique el convenio colectivo de logística, y así en el siguiente motivo ponen de manifiesto que todas las empresas del grupo pretenden dirigir la atención al convenio de mensajería para las dos empresas codemandadas con una plantilla inmensamente más grande, eludiendo y ocultando unas actividades esenciales y preponderantes ejercidas por el grupo, como las de almacenista-distribuidor, operador logístico y de intermediación en la contratación de transportes de mercancías por carretera (art. 119 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres), remitiéndose a los artículos 82.2 y 83 del Estatuto de los Trabajadores y al artículo 1 del Convenio Colectivo de Logística, Paquetería y Actividades Anexas al Transporte de Mercancías, de la C.A.M., que sustituye parcialmente en el ámbito funcional, al Convenio Colectivo del Transporte de Mercancías por Carretera y Operadores de Transporte de la Comunidad de Madrid y a los artículos 1.1, 120, 121, 122 y 123, de la Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), considerando todos ellos infringidos por la sentencia recurrida, por entender indiscutible de ICS desempeña una actividad de operador logístico como empresa especializada en organizar, gestionar y controlar operaciones de aprovisionamiento, transporte, almacenaje o distribución de mercancías que precisan sus clientes en el desarrollo de su actividad empresarial utilizando infraestructuras, tecnología y medios propios o ajenos, señalando que el citado Convenio Colectivo de Logística además de afectar a las empresas cuya actividad principal sea la Logística, Paquetería y actividades anexas al transporte de mercancías, en particular incluye la mensajería bajo ámbito del II Acuerdo General para la Empresas de Transporte de Mercancías por Carretera, tal y como consta en acta de conciliación con avenencia de la Audiencia Nacional de fecha 21 de marzo de 2013

atendiendo a demanda 52/2013, por lo que interesan que se declare la aplicabilidad de dicho convenio, con el consiguiente abono de las diferencias salariales que fijan más el 10% de interés por mora.

El Convenio Colectivo de Logística, Paquetería y Actividades Anexas al Transporte de la Comunidad de Madrid vigente, establece en su artículo 1 el siguiente ámbito funcional:

“El presente Convenio Colectivo afecta a las empresas, dentro del ámbito de la Comunidad de Madrid, cuya actividad principal sea la Logística, Paquetería (o carga fraccionada) y actividades anexas al transporte de mercancías. En particular incluye la mensajería bajo ámbito del II Acuerdo General para la Empresas de Transporte de Mercancías por Carretera, tal y como consta en acta de conciliación con avenencia de la Audiencia Nacional de fecha veintiuno de marzo de dos mil trece atendiendo a demanda 52/2013.

En consecuencia, quedan fuera del ámbito funcional del presente convenio colectivo, las empresas que tengan como actividad principal el transporte de mercancías.

No será de aplicación para las empresas de la Comunidad de Madrid a las que les es de aplicación el Convenio Colectivo de Transitarios de la Comunidad de Madrid.

Con carácter descriptivo y clarificador, pero no limitativo, podemos entender la Logística como la actividad consistente en diseñar, organizar, gestionar y/o controlar, por cuenta ajena, los procesos de una o varias fases de la cadena de suministro del cliente (aprovisionamiento, transporte, almacenaje, distribución, e incluso ciertas actividades del proceso productivo, como preparación de pedidos, gestión de stocks,...etc.), utilizando para ello infraestructuras físicas, tecnología y sistemas de información, propios o ajenos, y con independencia de la forma y medios con los que se presten tales servicios, que serán los necesarios para dicho propósito, respondiendo directamente ante el cliente de los bienes y/o de los servicios acordados. La actividad de Paquetería la que, entre otras, comprenden, la manipulación, el almacenaje, el grupaje, la clasificación, la consolidación y/o embalaje de la mercancía, y su entrega entre otras y otras actividades anexas. Todas esas actividades conjunta o individualmente están incluidas en el ámbito funcional, sin ser dicha relación limitativa.”

Por su parte el Convenio Colectivo de Empresas de Mensajería. (Interprovincial) (BOE de 12 de diciembre de 2006), que es el que se aplica a los recurrentes, en su artículo 1 establece el siguiente ámbito funcional y personal:

“El presente convenio regula las relaciones laborales entre las empresas dedicadas a la prestación de servicios de mensajería y su personal.”

Pues bien, como decíamos, es irrelevante aquí que se considere o no que las codemandadas forman un grupo laboral de empresas, dado que respecto al convenio aplicable, a la empresa empleadora INTERNATONAL COURIER SOLUTIONS, S.L, esta Sala se ha pronunciado al examinar un procedimiento dirigido frente en la sentencia de la sec. 2ª, de 25-09-2019, nº 858/2019, rec. 571/2019, en la que no se tomaba en consideración la existencia de un Grupo de empresas patológico, confirmando la sentencia de instancia que considera aplicable el que aquí se pretende, razonando lo siguiente:

“En síntesis expone que se ha declarado de forma errónea que el convenio colectivo aplicable es el de logística cuando este es aplicable a las empresas que tengan, como actividad principal, la logística, paquetería y otras actividades anexas al transporte de mercancías; que en el Decreto 45/2013 de la Sala de lo Social de la Audiencias Nacional (BOE 25/04/2013) se establecía: " Se aclara el artículo 3 del II Acuerdo General en el sentido de que está incluida en el ámbito funcional del mismo la actividad de mensajería que exija autorizaciones administrativas habilitantes, la de transporte de mercancías por carreta o la de operador de transporte" y la recurrente no tiene autorización/habilitación para actuar como agencia de transporte de mercancías, ni título para operar en transporte; que estamos ante una concurrencia de convenios debiendo estarse a la actividad principal de la empresa que es la de mensajería de reparto de postal y de paquetería.

La recurrente cita sentencias dictadas por distintos Tribunales Superiores de Justicia en apoyo de su pretensión; en la dictada por esta Sección de Sala de fecha 3/10/2018, recurso 643/2018, en el caso de una trabajadora que prestaba servicios desde el 1/07/2015 como auxiliar administrativo en virtud de contrato de trabajo indefinido en el que se establecía que la relación laboral se somete al Convenio Colectivo Estatal de Mensajería, siendo este el que viene aplicando y que reclama diferencias salariales porque estima aplicable el Convenio Colectivo del Sector de Paquetería y Actividades anexas al Transporte de Mercancías frente al de mensajería al que la empresa somete su relación laboral, argumentando que el artículo 1 del convenio denunciado incluye la actividad de mensajería que realiza la demandada en su ámbito funcional y que existen dos convenios concurrentes, el postulado por la parte como aplicable al caso, Convenio de Logística, Paquetería y Actividades anexas al Transporte por mercancías de la Comunidad de Madrid, y el Convenio Estatal de empresas de mensajería, se señala:

"(...) Pues bien, el art. 1 del Convenio denunciado establece como primera premisa de su ámbito funcional de aplicación que afecta a las empresas cuya actividad principal sea la logística, paquetería y actividades anexas al transporte de mercancías, incluyendo, como expresa el propio tenor literal del precepto a la mensajería, Así el citado artículo establece:

Artículo 1. Ámbito Funcional.- El presente Convenio Colectivo afecta a las empresas, dentro del ámbito de la Comunidad de Madrid, cuya actividad principal sea la Logística, Paquetería (o carga fraccionada) y actividades anexas al transporte de mercancías. En particular incluye la mensajería bajo ámbito del II Acuerdo General para la Empresas de Transporte de Mercancías por Carretera, tal y como consta en acta de conciliación con avenencia de la Audiencia Nacional de fecha veintiuno de marzo de dos mil trece atendiendo a demanda 52/2013. En consecuencia, quedan fuera del ámbito funcional del presente convenio colectivo, las empresas que tengan como actividad principal el transporte de mercancías. No será de aplicación para las empresas de la Comunidad de Madrid a las que les es de aplicación el Convenio Colectivo de Transitarios de la Comunidad de Madrid. Con carácter descriptivo y clarificador, pero no limitativo, podemos entender la Logística como la actividad consistente en diseñar, organizar, gestionar y/o controlar, por cuenta ajena, los procesos de una o varias fases de la cadena de suministro del cliente (aprovisionamiento, transporte, almacenaje, distribución, e incluso ciertas actividades del proceso productivo, como preparación de pedidos, gestión de stocks,...etc.), utilizando para ello infraestructuras físicas, tecnología y sistemas de información, propios o ajenos, y con independencia de la

forma y medios con los que se presten tales servicios, que serán los necesarios para dicho propósito, respondiendo directamente ante el cliente de los bienes y/o de los servicios acordados. La actividad de Paquetería la que, entre otras, comprenden, la manipulación, el almacenaje, el grupaje, la clasificación, la consolidación y/o embalaje de la mercancía, y su entrega entre otras y otras actividades anexas. Todas esas actividades conjunta o individualmente están incluidas en el ámbito funcional, sin ser dicha relación limitativa."-

El hecho no cuestionado de que en la actividad de logística se encuadre la propia y necesaria de la mensajería que requiera autorizaciones administrativas habilitantes, no implica, (...), que la actividad principal de mensajería esté incluida en su ámbito funcional, lo que conlleva que esta actividad principal de la empresa dedicada exclusivamente a la mensajería, como se ha declarado probado, no requiera, y así se ha convenido pues no se ha cuestionado en este recurso, de disponer de títulos habilitantes de transportista o de operador de transporte y por lo tanto queda fuera del ámbito funcional denunciado.

Tampoco se ha cuestionado (...) que la actividad de la mercantil demandada, no requiere autorización administrativa para su llevanza a cabo, salvo la propia que ha acreditado general para la prestación de servicios postales no incluidos en el servicio postal universal y en este sentido no debemos olvidar, según ha venido señalando con reiteración la Doctrina Unificada del T.S. que , cuando se debaten problemas de concurrencia, " es la actividad principal o real preponderante de la empresa la que delimita su ámbito funcional" (Sentencia de 10 de julio 2000 , REC 4315/1999,Sentencia de 29 de enero de 2002 Rec. 1068/2001).- En definitiva, en este caso concreto, lo determinante para dilucidar el Convenio aplicable , será la actividad real preponderante, a cuyo efecto habrá de valorarse, principalmente, la actividad organizativa, productiva y económica de la empresa. TS (por todas la sentencia de fecha 7 de febrero 2012, recud 1096/2011 y las que en ella se citan, principalmente la de 21 de Octubre 2010, recud 806/2010) y6 de abril de 2017, Recurso 1869/2016). En fin, entendemos de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Mensajería y no el Convenio Colectivo de Transporte de Mercancías a la empresa demandada dada la interpretación de su art. 3, referido al ámbito funcional, como por el Decreto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 23- 04-20 13 (B. O.E.) alcanzado acuerdo en proceso de impugnación de convenio colectivo, en que se dijo: "Se aclara el artículo 3 del II Acuerdo general en el sentido de que está incluida en el ámbito funcional del mismo la actividad de mensajería que exija autorizaciones administrativas habilitantes, la de transporte de mercancías por carreteras o la de operador de transporte" de modo que no es decisivo el tamaño de los bultos que se transporta ni el objeto social de la demandada sino el tipo de vehículo que utiliza la empresa para el efectivo desempeño de su actividad empresarial que caso de ser preponderante la de mensajería no exige que disponga de esa autorización administrativa. la actividad de mensajería que desarrolla la demandada no precisa de ninguna autorización administrativa habilitante de la ley 16/1987 y la respuesta está en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres Ley 16/1987, de 30 de julio, en su artículo 42, apartado 2, letra b(EDL 1987/12128) que dispuso: ".../...Además, podrá exonerarse reglamentariamente de la obligación de contar con autorización a quienes realicen exclusivamente otras formas de transporte que tengan una escasa incidencia en el mercado de transporte, en razón de la naturaleza de la mercancía transportada, de las cortas distancias recorridas o de la pequeña capacidad de carga de los vehículos en que se realicen.../..." como en la Orden de 21 de julio 2000 que vino a desarrollar el Reglamento de

la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, que en su art. I vino a determinar lo siguiente: "Artículo 1. Obligatoriedad de la autorización. Para el ejercicio de las actividades de agencia de transporte de mercancías, de transitario o de almacenista-distribuidor será necesaria la obtención de la preceptiva autorización administrativa que habilite para ello, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre) (en adelante ROTT)."

Por una u otra razón la actividad de la demandada no queda incluida en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de Transporte de Mercancías por Carretera.

(...)".

En cuanto a la pretensión que no sería de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Mensajería de 12 de diciembre de 2006 porque el mismo habría dejado de estar en vigor desde el 31-12-2007, la sentencia citada de esta Sección de Sala dice que:

" (...)

Y en todo caso por el hecho, que no estuviera vigente el Convenio Colectivo Estatal de Mensajería (BOE nº 296, de 12 de diciembre de 2006) no necesariamente se tendría que aplicar a la relación laboral de la actora con la empresa demandada por el periodo al que se contrae la presente reclamación el Convenio Colectivo del Sector del Logística, Paquetería y Actividades Anexas al Transporte de Mercancías (BOCM 138; de 11 de junio de 2016)."

En el presente caso, el Juzgador de instancia estima la pretensión del trabajador porque considera que la actividad de mensajería, otrora regida por un convenio propio, se encuentra en la actualidad y en el momento en que el demandante fue declarado incapacitado permanente total con causa en accidente de trabajo, integrada en el convenio de logística, siendo la mensajería, entendida como transporte de pequeños paquetes y correspondencia, una fase de suministro a un cliente de determinados bienes o materiales, y que además del documento nº 23 se acredita que la demandada cuenta con "autorización administrativa para realizar la actividad de prestadora de servicios postales" (último párrafo del cuarto fundamento de derecho).

El motivo y el recurso se desestiman porque en el documento nº 23 (folios nº 175), en que se basa el hecho probado quinto, consta que los servicios postales autorizados son:

"Servicios A:

- Envíos postales con valor añadido.*
- Paquete postal ordinario de más de 20 kg.*

Servicios B

- Cartas y tarjetas postales de hasta 2 kg de peso.*
- Paquetes postales de hasta 20 kg de peso."*

Estando de alta en el Registro General de Empresas Prestadora de Servicios Postales desde el 5/05/1999 siendo la última renovación en fecha 27/06/2018.

El artículo 42 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, dispone que:

"Se requerirá autorización administrativa singular para la ejecución de cualesquiera prestaciones en relación con los servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal, en los términos que se define en el artículo 21.1." Y el artículo 21.1 indica que:

"1. Se incluyen en el ámbito del servicio postal universal las actividades de recogida, admisión, clasificación, transporte, distribución y entrega de envíos postales nacionales y transfronterizos en régimen ordinario de:

a) Cartas y tarjetas postales que contengan comunicaciones escritas en cualquier tipo de soporte de hasta dos kilogramos de peso.

b) Paquetes postales, con o sin valor comercial, de hasta veinte kilogramos de peso.

El servicio postal universal incluirá, igualmente, la prestación de los servicios de certificado y valor declarado, accesorios de los envíos contemplados en este apartado.", señalando el artículo 39 que:"1. Todas las situaciones administrativas, así como los datos relativos a los prestadores de servicios postales habrán de inscribirse en el Registro General de Empresas Prestadoras de Servicios Postales, que dependerá de la Comisión Nacional del Sector Postal y tendrá carácter público.

2. La inscripción en el citado Registro, al igual que la renovación anual de la misma, se practicará de oficio por la Comisión Nacional del Sector Postal a partir de la información contenida en la declaración responsable o, en su caso, en la autorización administrativa singular, según el régimen aplicable al servicio que se preste.

3. El funcionamiento del Registro y el procedimiento de inscripción de altas, bajas y variaciones se regularán reglamentariamente."

Por tanto, la prestación de los servicios postales a través de mensajería, como los que efectúa la demandada, precisa de "autorización administrativa singular", que debe renovarse anualmente, y en la conciliación alcanzada ante la Audiencia Nacional, aprobada mediante Decreto (artículo 84.1 de la LRJS), se aclaró el artículo 3 del Acuerdo General en el sentido de que está incluida en el ámbito funcional del mismo "la actividad de mensajería que exija autorizaciones administrativas habilitantes, (...)", y la autorización administrativa singular es la que habilita para prestar el servicio por lo que la sentencia no ha incurrido en las infracciones denunciadas procediendo confirmar la misma."

Razonamientos conforme a los cuales los recursos han de prosperar, y es que como indica la sentencia citada de la sección 2ª de esta Sala, cuando se debaten problemas de concurrencia, es la actividad principal o real preponderante de la empresa la que delimita su ámbito funcional que en este caso es más amplia y completa que la mensajería, que excede

del ámbito de este último convenio y por tanto en ningún caso puede aplicarse a sus trabajadores, sino que se incluye en los términos que establece el convenio cuya aplicación se pretende, por lo que es este el convenio de aplicación procediendo la estimación de los recursos y consecuentemente de las demandas frente a INTERNATIONAL COURIER SOLUTIONS no habiéndose cuestionado por la demandada la cuantía reclamada al resultar de aplicación el convenio pretendido.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos los siguientes Recursos de Suplicación acumulados formalizados por

Todos ellos seguidos a instancia de los respectivos recurrentes frente a INMEDIATE DELIVERY, S.L. (INSTAPACK), INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. e INTERNET COMMERCE SOLUTIONS, S.L., en reclamación por derecho y cantidad, revocamos las resoluciones impugnadas y estimando las demandas declaramos aplicable a la relación laboral entre demandantes e INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. el Convenio Colectivo del sector de Logística, Paquetería y actividades anexas al transporte de mercancías de la Comunidad de Madrid, condenando a esta demandada a estar y pasar por tal declaración y a abonar a los actores las siguientes diferencias salariales devengadas por el periodo reclamado septiembre 2018 a 2018:

★

más el 10% en concepto de interés anual por mora. Absolvemos a INMEDIATE DELIVERY, S.L. (INSTAPACK), e INTERNET COMMERCE SOLUTIONS, S.L. SIN COSTAS.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-0881-19 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el

correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo “observaciones o concepto de la transferencia”, se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2828-0000-00-0881-19.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. /

Fecha de sentencia: 17/06/2020

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 1906/2018

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha de Votación y Fallo: 17/06/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA SOCIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres

Ruiz

Transcrito por: rhz

Nota:

Resumen

AENA AEROPUERTOS SA. Trabajadores indefinidos no fijos. Aplicación de esta figura jurídica a las sociedades mercantiles estatales, en caso de sucesión irregular de contratos temporales. Sigue criterio expresado en rcud 1911/18 deliberado en el mismo pleno. Rectificando doctrina. Voto particular.-

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1906/2018

Ponente: Excma. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres
Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. /

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 Sahún

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 17 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Sociedad mercantil estatal AENA representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada el 26 de

enero de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas, en recurso de suplicación nº 1351/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 6 de junio de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Las Palmas de Gran Canarias, en autos nº 671/2016, seguidos a instancias de D^a. María del Carmen Morales García contra Aena Aeropuertos, S.A. sobre derechos.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida D^a. María del Carmen Morales García representada y asistida por la procuradora D^a. María Eugenia Pato Sanz y asistida del letrado D. David A. Santana Rodríguez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de junio de 2017, el Juzgado de lo Social nº 1 de Las Palmas de Gran Canarias, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «ESTIMAR INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por M^a DEL CARMEN MORALES GARCIA contra AENA AEROPUERTOS S.A, declarando a la actora trabajadora indefinida de AENA AEROPUERTOS S.A, con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «PRIMERO.- La demandante ha venido prestando servicios para la demandada desde el 18/04/15, con categoría profesional de atención y apoyo a pasajeros, usuarios y clientes (IC17-AAPUC).

SEGUNDO.- En dicha fecha suscribió un contrato para obra o servicio determinado para "la realización de tareas de la ocupación IC17-AAPUC apoyo de atención a pasajeros, usuarios y clientes para el seguimiento de los procedimientos de apertura y cierre de las salas de llegadas, el control de las instalaciones y supervisión de los diferentes servicios contratados, con motivo de la ampliación del edificio terminal y el proceso de certificación del Aeropuerto en materia de Seguridad Operacional, en jornada H12/1, a partir del 18/04/15, hasta que finalice dicho proceso de certificación".

TERCERO.- El proceso de certificación del Aeropuerto en materia de Seguridad Operacional se está llevando a cabo por dos personas, entre las que no se incluye la actora.

La actora está realizando las mismas funciones que el resto de AAPUC que prestan servicios

para la demandada.

CUARTO.- Se ha agotado la preceptiva vía previa.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de Aena Aeropuertos S.A. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas, dictó sentencia en fecha 26 de enero de 2018, en la que consta el siguiente fallo: «Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por Aena Aeropuertos SA, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Las Palmas de fecha 6 de junio de 2017 dictada en Autos nº 671/16, confirmando la misma en su integridad, condenándose a la recurrente al abono de las costas derivadas del recurso en la cantidad de 900 euros.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, el Sr. Abogado del Estado en representación de Aena Aeropuertos S.A. 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 TSJ de Madrid, de fecha 11 de septiembre de 2009, rec. suplicación 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 que el recurso debe ser estimado. Se señaló para la votación y fallo el día 4 de marzo de 2020, actos que fueron suspendidos, y se acordó que la deliberación, votación y fallo se hiciera en Pleno de Sala, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, fijándose para el día 22 de abril de 2020, actos que suspendidos y acordándose nuevamente la deliberación, votación y fallo para el día 17 de junio de 2020 en Pleno de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Se recurre en casación para la unificación de doctrina la sentencia de la sala de lo social del TSJ de Canarias (Las Palmas), de 26 de enero de 2018, R. Supl. 1351/2017, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por AENA Aeropuertos SA y confirmó en su integridad la sentencia de instancia, que había estimado íntegramente la demanda de la trabajadora contra AENA, declarando a la actora trabajadora indefinida de AENA Aeropuertos SA, con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento.

La demandante ha venido prestando servicios para AENA desde el 18 de abril de 2015 y categoría de atención y apoyo a pasajeros, usuarios y clientes (IC17-AAPUC). el contrato se suscribió para obra o servicio determinado para la realización de tareas de la ocupación IC17-AAPUC, a partir del 18 de abril de 2015 y hasta que finalizara el proceso de certificación. Dicho proceso de certificación se está llevando a cabo por dos personas entre las que no se incluye la actora, la cual está realizando las mismas funciones que el resto de AAPUC, que prestan servicios para la demandada.

2.- La actora interesaba en su demanda que se le reconociera el carácter indefinido de su relación laboral por haberse articulado la relación a través de un contrato de obra o servicio realizado en fraude de ley, al haber venido realizando actividades propias y ordinarias de un AAPUC.

AENA en su recurso invoca la aplicación, entre otras normas, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, considerando que el reconocimiento de la condición laboral de indefinida por fraude contractual vulnera los principios de igualdad, mérito y capacidad para el acceso al empleo público, que son de aplicación en AENA, de acuerdo con el artículo 23.3º y 24.1º del Convenio Colectivo del grupo AENA y el art. 63 de su Estatuto de creación.

Considera la recurrente que AENA, como sociedad mercantil estatal queda sometida al derecho público y que por tal motivo, el fraude contractual

debe implicar en su caso la declaración de indefinido no fijo hasta la cobertura de la plaza por el procedimiento convencionalmente establecido.

La Sala de suplicación considera sin embargo que, en el caso de autos debe mantenerse el criterio expresado en la jurisprudencia de esta Sala Cuarta (Sentencia de 18 de septiembre de 2014), que considera que el personal laboral de una sociedad mercantil está excluido de la aplicación del EBEP, por cuanto el ámbito del mismo se ciñe al personal de las Administraciones Públicas, siendo difícil sostener que los trabajadores de una sociedad de derecho privado puedan ser calificados como indefinidos no fijos, por ser ésta una calificación creada jurisprudencialmente para garantizar la situación de quienes prestan servicios para entidades públicas en régimen de laboralidad.

Concluye la Sala advirtiendo que dicho criterio no sería aplicable con base en lo que dispone ahora el art. 113 de la Ley 40/2015, pero dicha ley entró en vigor con posterioridad a la suscripción del contrato de la trabajadora.

SEGUNDO.- 1.- Recurre AENA en casación para la unificación de doctrina, centrando el objeto de su recurso en determinar si la condición de personal indefinido no fijo en caso de sucesión irregular de contratos temporales es aplicable a las sociedades estatales.

La sentencia que la recurrente designa de contraste es la dictada por el TSJ de Madrid, de 11 de septiembre de 2009, (R. Supl. 2988/2009). En el caso de la sentencia referencial, la trabajadora era secretaria de producción trabajando formalmente para una productora de televisión, pero en realidad prestaba su actividad bajo la supervisión y control exclusivo de la Sociedad Estatal TVE SA. La trabajadora instó la cesión ilegal de trabajadores y fue despedida inmediatamente. El juzgado de instancia consideró que había cesión ilegal de trabajadores, negando que existiera vulneración del derecho a la garantía de indemnidad. La referencial considera que se ha conculcado tal garantía, pues es clara la sucesión inmediata de los hechos de la

reclamación extrajudicial y el despido, sin causa clara y recordando que la garantía de indemnidad abarca también las actuaciones previas a juicio, como la conciliación administrativa previa a la demanda. No asume que a lo anterior sea óbice el que no hiciese falta el trabajo de la actora en los tres meses de programación que restaban, bien pudiendo ser que otro personal de producción hiciese su trabajo. Considera que, estando vigente la cesión ilegal a la fecha del despido, debe darse la opción por la reincorporación a la trabajadora optando ésta por la Administración Pública demandada, por lo que su ingreso en la misma es con condición de indefinida no fija.

Argumenta dicha sentencia de contraste que la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el caso de ingreso como empleado en todas las Administraciones Públicas, condiciona la adquisición de la condición de trabajador fijo a la superación de las pruebas de ingreso derivadas de una convocatoria pública para la cobertura de aquellas plazas. Así, tal exigencia constitucional y legal condiciona la aplicación del art. 43 ET de forma que la consecuencia de la cesión ilegal, cuando la entidad condenada a aceptar a los trabajadores cedidos es una Administración Pública, como la Corporación de Radio Televisión Española y de la sociedad mercantil estatal de Televisión Española, S.A., no puede impedir la aplicación de la categoría de indefinido-no fijo, pues así lo ha entendido la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencias de 11 de abril de 2006 y de 26 de abril de 2007, al estar incluidas en el sector público estatal, definido en el artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, por lo que –señala dicha sentencia- no supondrá la adquisición de la condición de trabajador fijo sino la de trabajador "indefinido no fijo".

2.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de

Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013) y 17/06/2014 (R. 2098/2013).

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

3.- Aunque una primera aproximación al fallo emitido en ambas resoluciones pudiera conducir a señalar su identidad, enervando la concurrencia del requisito del art. 219 LRJS citado, sin embargo, el núcleo esencial que abordan las dos, tal y como expresamos en procedimientos similares debatidos en este mismo Pleno de la Sala, gira en torno a si la condición de trabajador indefinido no fijo se aplica a una sociedad estatal y sobre este extremo ambas alcanzan soluciones divergentes, de manera que la doctrina precisa de la necesaria unificación.

La Sala, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, considera que concurren entre ambas sentencias los requisitos de contradicción, exigidos por el art. 219.1 LRJS, puesto que en ambos casos se trata de trabajadores de sociedades mercantiles públicas, contratados en fraude de ley, que reclaman

su condición de trabajadores fijos por dicha razón, habiendo recibido respuestas contradictorias, puesto que la recurrida reconoce el derecho reclamado, mientras que la referencial lo niega, siendo irrelevante que se trate de sociedades mercantiles distintas, puesto que en ambos casos la normativa, que se les aplica específicamente, las encuadra en el sector público estatal. Sin que a ello obste que en la sentencia de contraste se trate de una demanda de despido, en la que a través de la estimación de la existencia de cesión ilegal se atribuye la opción a la trabajadora que opta finalmente por la entidad TVE; y en el caso de la sentencia recurrida se trate de una pretensión de reconocimiento del carácter indefinido de una relación laboral por haberse articulado la relación a través de un contrato de obra o servicio realizado en fraude de ley.

TERCERO.- 1.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 224.1 y 2, en relación con el art. 207 e) de la LRJS, formula la Abogacía del Estado en la representación que ostenta, un motivo único de censura jurídica, en el que denuncia la infracción del ordenamiento jurídico y en concreto del art. 15.3 ET, D. Adicional primera y art. 55 de la LEBEP de 2007 y de 2015, arts. 7.1 y 8.d) del RD-Ley 13/2010, art. 18 del RD-Ley 8/2014, art. 2 de la Orden FOM/1525/2011, art. 63 del Estatuto del Ente Público AENA, arts. 23.3, 24.1 y 26.1 del Primer Convenio Colectivo en relación con los arts. 37.1 CE y arts. 82.1 y 3 ET, y jurisprudencia que cita.

2.- Por la trabajadora Dña. María del Carmen Morales García se impugna el recurso, interesando su desestimación y confirmación de la sentencia recurrida que estima ajustada a derecho.

Por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el que se interesa la estimación del recurso.

CUARTO.- 1.- Centrado el núcleo debatido en si la condición laboral de personal indefinido-no fijo es aplicable al personal laboral de las sociedades estatales, como sí lo es en general en las Administraciones Públicas, afirma la

parte recurrente que el ordenamiento jurídico establece sin la menor duda que el personal laboral de la sociedad estatal AENA, S.A. sólo puede acceder a ella conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad y publicidad, lo cual excluye per se la conversión sin más de un contrato laboral temporal en un contrato fijo de plantilla sin antes pasar por las pruebas selectivas convocadas al efecto y sujetas a los reseñados principios, y que así se infiere igualmente de la abundante jurisprudencia que relaciona.

2.- La Sala ha debatido en la misma fecha el asunto 1911/2018, que guarda la necesaria identidad de razón con el ahora enjuiciado. Tras verificar un exhaustivo examen de la normativa de cobertura, destacando las previsiones del Estatuto Básico del Empleado Público y la evolución doctrinal en la materia, afirmamos la proyección de la figura de trabajador indefinido no fijo también cuando el empleador es una sociedad mercantil estatal.

Trasladaremos aquí los hitos más relevantes que desarrollamos en dicha sentencia, reiterados en el asunto 2005/2018, remitiéndonos en lo restante a la argumentación que desglosa (en esencia al recorrido doctrinal), e igualmente al valor ilustrativo de la Ley 40/2015 del régimen jurídico del sector público, sobre lo que la recurrida indicó que no resultaba de aplicación directa pues el legislador diseñó su entrada en vigor en la DF 18ª, conforme a la cual y la materia ahora concernida, lo fue al año después de su publicación en el BOE (2.10.2015), de forma que la referencia debía ser a la Ley 6/1997 vigente precisamente hasta que le sucede esa Ley 40/2015 (por mor de las previsiones de su Disposición Derogatoria única).

3.- Así, atendiendo en primer término a la naturaleza jurídica de la demandada, fue el art. 7 del Real Decreto ley 13/2010, de 3 de diciembre el que constituyó la sociedad mercantil estatal «Aena Aeropuertos, SA», sociedad de las previstas en el art. 166 de la Ley 33/2003, de 3 noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Precepto este último que entendió por tales « aquellas sobre la que se ejerce control estatal: 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». Por Real Decreto ley 8/2014, de 4 de julio, se dispuso (art. 18) el cambio en su denominación, pasando a ser la de Aena, S.A.

En cuanto a su ubicación o encuadramiento dentro del sector público estatal, cabe mencionar el art. 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, intitulado: «Sector público estatal», cuyo tenor es el que sigue:

«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. Organismos autónomos,,
- 2. Entidades Públicas Empresariales.

b) Las autoridades administrativas independientes.

c) Las sociedades mercantiles estatales.»

Desde el plano referente a la regulación que disciplinaba la actuación de esta sociedad, la DA 12ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, vigente a la sazón como ya hemos indicado, establecía que:

«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.»

4.- Procede a continuación fijar precisamente las condiciones de

acceso al empleo en tales sociedades, esclareciendo si han de ser las preceptuadas en el EBEP, y específicamente si han de ahormarse a la senda de su art. 55, cuando dispone:

«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».

Esa remisión al art. 2 de mismo EBEP, cuya rúbrica reza “Ámbito de aplicación”, no otorgaría con claridad amparo a la tesis de la demandada, por cuanto sus términos literales acotan aquél en la siguiente forma:

«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».

Pero sí atisbamos esa cobertura por mor de la extensión que verifica el propio texto del EBEP en su Disposición adicional primera, relativa al «Ámbito específico de aplicación», dado que establece que los principios contenidos, entre otros en el transcrito art. 55, 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. Como expresamos en el rcud 1911/2018, 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.»

Esta última dicción faculta la afirmación de que, también en el sector societario en que nos encontramos, opera la necesaria concurrencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad para el acceso al empleo público (concepto más amplio que el de función pública), tal y como dispone aquel art. 55 EBEP al desarrollar las directrices del texto constitucional -art. 103 CE que

fija los de mérito y capacidad, y el sumatorio de su art. 14, a fin de salvaguardar el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público en dichas entidades-.

5.- Rememorar, por último, el objetivo y finalidad de la denominada relación laboral indefinida no fija, acudiendo una vez más al recurso ya identificado que plasma su cristalización jurisprudencial. Decimos al respecto que aquella persigue 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 adquiriera 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.

Todo ello sin olvidar otro parámetro que abunda en el precedente corolario: el texto convencional que afecta a todo el personal contratado laboralmente -I Convenio Colectivo del Grupo AENA, Resolución de 29 de noviembre de 2011 publicada en el BOE de 20.12.2011-, que en sus arts. 23.3 y 24.1 incidió en que el sistema de ingreso del personal lo sería respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, de manera correlativa a las previsiones del RD 905/1991, de 14 de junio, por el que se aprobó el Estatuto del Ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea -en cumplimiento a su vez del art. 82 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de PGE para 1990-.

El contenido de dicho Estatuto, configurado en forma similar al propio de otras Entidades públicas que desarrollan su actividad con sujeción a regímenes de Derecho público y privado de forma complementaria, había ordenado que El personal del Ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea se regirá por las normas de derecho laboral o privado que le sean de aplicación, que (art.62.2) Las relaciones del Ente con su personal se regirán por las condiciones establecidas por los contratos que al efecto se suscriban y se someterán al Estatuto de los Trabajadores, a los Convenios Colectivos y a las demás normas que les sean de aplicación. Y, finalmente, que

La selección del personal al servicio del Entre público se hará de acuerdo con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad, y, con excepción del personal directivo, mediante convocatoria pública. (Art. 63).

QUINTO.- Cuanto antecede, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, determina la estimación del recurso, casando y anulando en parte la sentencia recurrida. Y, resolviendo el debate planteado en suplicación, procederá estimar en parte el recurso de esta clase formulado por AENA, S.A., en el sentido de declarar que la relación laboral de la trabajadora es de naturaleza indefinida no fija, pero manteniendo el carácter fraudulento de la contratación temporal que ya se reconoció en la instancia, se confirmó en sede de suplicación y no ha sido combatido en fase casacional.

Sin costas en ninguna de las instancias, procediendo la devolución de los depósitos y de las consignaciones efectuadas en su caso para recurrir (arts. 228 235 LRJS).

F A L L O

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

- 1.- Estimar en parte el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de Aeropuertos Españoles de Navegación Aérea SA (AENA SA).
- 2.- Casar y anular en parte la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias –sede Las Palmas de Gran Canaria- de 26 de enero de 2018, recaída en el recurso de suplicación núm. 1351/2017, que confirmó la sentencia del Juzgado Social núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 6 de junio de 2017 dictada en el procedimiento núm. 671/2016, interpuesto por D^a. María del Carmen

Morales García contra AENA Aeropuertos SA en materia de derechos.

- 3.- Resolver el debate en suplicación, en el sentido de declarar que la relación, que une a la demandante con AENA, SA, es una relación laboral indefinida no fija.
- 4.- Sin costas en ninguna de las instancias, acordando la devolución de las impuestas en suplicación, así como la de los depósitos y aseguramientos efectuados 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 1906/2018.

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

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

1. Homogeneización de doctrinas de la propia Sala.

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

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

Las conclusiones formuladas allí se resumen del siguiente modo:

1º) La empresa TRAGSA no es subsumible en un concepto amplio de "Administración" a la hora de definir las normas que presiden el acceso a sus empleos.

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

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

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

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

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

2. El Estatuto de AENA y similares

A) Doctrina constitucional

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

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

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

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

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

Estas sociedades, «aunque forman parte del sector público empresarial estatal [art. 3.2 b) LGP], no son Administraciones públicas [art. 2.2 de la Ley 30/1992], de manera que "se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y de contratación"» [DA 12 LOFAGE y art. 166 Ley 33/2003, de 3/Noviembre]. Estas empresas «dependen mayoritariamente de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales [SEPI]. Son los casos, por ejemplo, de ... la "Empresa de Transformación Agraria" [TRAGSA]»..

B) Doctrina de la Sala.

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

- La claridad de la regulación legal -en su exposición por el intérprete constitucional máximo- hace que resulte ociosa cualquier otra consideración, como las efectuadas por la recurrida con apoyo, incluso, de afirmaciones literales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Sala III de este Tribunal Supremo.
- Tales afirmaciones en manera alguna vinculan a esta Sala IV, entre otras razones porque las mismas se hacen en orden a un específico tema de debate -la libre competencia-, y por ello la doctrina sentada no puede surtir eficacia más allá de ese limitado objeto del proceso, que era el relativo a la incidencia que sobre la Ley de Defensa de la Competencia y las Directivas Comunitarias 92/50/CEE [18/Junio], 93/36/CEE [14/Junio] y 93/37/CEE [14/Junio], relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos -de servicios, suministros y obras respectivamente-, pudieran tener las «encomiendas» atribuidas por las AAPP a TRAGSA.
- Y si bien a tales efectos manifestó la Sala III -es cierto- que «las relaciones de TRAGSA y sus filiales con las Administraciones Públicas, en su condición de medio propio y servicio técnico, tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado» (así, *SSTS 29/09/00 -rec. 1161/98 -*; y *30/01/08 -rec. 548/02 -*), esta contundente afirmación no puede sacarse del concreto contexto en el que fue efectuada -libre competencia- ni puede extrapolarse a cuestiones ajenas a aquella materia, tal como derivar de ella consecuencia jurídico-laborales y atribuir a la relación de TRAGSA con sus empleados unos efectos diversos a los que dimanen de disposiciones legales -las arriba citadas y las que se dirán-, que destacan por su claridad, como ya dijimos.

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

No cabe equiparar el régimen jurídico correspondiente al sector público «administrativo» con el sector público «empresarial», pues «el factor diferencial entre una y otra categoría de trabajadores se encuentra en la diferente estructura en la que se incardinan, que los convierte en grupos o categorías personales diferentes que admiten la atribución por el legislador de consecuencias jurídicas distintas» (ya citada STC 8/2015 , mismo FJ 9.a);

Es reiterado criterio del Tribunal Constitucional que en los contratos

laborales no se aplica el art. 23.2 CE (así, SSTC 86/2004, de 10/Mayo, FJ 4 ; 132/2005, de 23/Mayo, FJ 2 ; y 30/2007, de 15/Febrero , FJ 8); Incluso en el ámbito del sector público propiamente «administrativo» se ha mantenido que «el derecho que consagra el art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal» (SSTC 24/1990, de 15/Febrero ; 25/1990/19/Febrero ; 26/1990, de 19/Febrero ; 149/1990, de 1/Octubre ; y 156/1998, de 13/Julio , FJ 3), y que «el rigor con el que operan los principios constitucionales que se deducen de este derecho fundamental no es el mismo según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo», pues en sus vicisitudes «cabe manejar otros criterios que no guarden relación con estos principios» de mérito y capacidad, «en atención a una mayor eficacia en la prestación de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales» (SSTC 192/1991, de 14/Octubre ; 200/1991, de 28/Octubre ; 293/1993, de 18/Octubre ; 365/1993, de 13/Diciembre ; 87/1996, de 21/Mayo ; y 38/2014, de 11/Marzo FJ 6).

Como puso de relieve la STS 618/2016 de 6 julio (rc. 22972015), las anteriores afirmaciones concuerdan con lo expuesto en la STS 18 septiembre 2104 (rec. 2323/2013): la construcción del indefinido no fijo es inaplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, pues no están obligadas a cumplir con esos principios constitucionales del acceso "a la función pública", que es a lo que se contrae el mandato del art. 103.3 CE. Y añade:

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

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

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

La categoría de trabajadores indefinidos no fijos, como tantas veces se ha explicado, vino a resolver una compleja concurrencia de preceptos: los que abocan

a declarar la fijeza del contrato de trabajo y los que exigen respeto a principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad) para acceder a un empleo fijo en el sector público.

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

4. Las normas en presencia.

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

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

interesa.

5. Argumentación específica.

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

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

Cuando el artículo 2º EBEP habla de “entidades de derecho público” es evidente que no abarca casos como el de la Sociedad Anónima AENA. Y cuando su Adicional Primera se refiere a las “entidades del sector público” no parece que quiera referirse también a las sociedades mercantiles. Las sociedades con forma de capital no son “entidades”, al margen de si pertenecen al sector público. De hecho, la Ley General Presupuestaria (art. 2º), la (hoy derogada) LOFAGE o la LRJSP se refieren expresamente a “las sociedades mercantiles estatales” sin englobarlas en ese concepto de “entidades”; en fin, la LRJSP define las entidades públicas empresariales (art. 103.1) como algo distinto de las sociedades mercantiles cuyo capital sea mayoritariamente público.

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

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

Tercera: La gestación del concepto “contrato indefinido no fijo” se justifica por la necesidad de resolver una tensión entre bloques normativos opuestos; en uno de ellos aparecen los principios de igualdad, mérito y capacidad. Cuando el bloque que exige la observancia de los principios de igualdad, mérito y capacidad ya no está

integrado por preceptos constitucionales sino de rango legal, el modo de confrontarse ambos no puede ser el mismo que en caso distinto.

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

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

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

6. Conclusión.

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

En

Madrid, a de de 2020.

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. /

Fecha de sentencia: 17/06/2020

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 2811/2018

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 17/06/2020

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín

Procedencia: TSJ DE CATALUÑA

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

Escudero Cinca

Transcrito por: AMM

Nota:

Resumen

AENA. Contrato en fraude de ley en sociedad mercantil pública. Se debate si la consecuencia jurídica es la fijeza en plantilla o la condición de indefinido no fijo. Trabajadores indefinidos no fijos. Esa figura jurídica se aplica a las sociedades mercantiles estatales. Rectifica doctrina: STS de 18 de septiembre de 2014 (dos), recursos 2320/2013 y 2323/2013 y 6 de julio de 2016, recurso 229/2015. En el mismo sentido STS de 28 de marzo de 2007, recurso 5082/2005; 6 de octubre de 2008, recurso 3064/2007; 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 abril de 2009, recurso 773/2007; y 23 de noviembre de 2016,

recurso 91/2016. Aplica doctrina STS 217/06/2020, rcud. 1911/2018. Voto particular.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2811/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín

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

Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. /

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 Sahún

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 17 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por AENA, SA, representada y asistida por el letrado D. Carlos Goñi Domínguez, contra sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal

Superior de Justicia de Cataluña de 5 de abril de 2018, recaída en su recurso de suplicación nº 229/2018, que confirmó la sentencia del Juzgado Social 17 Barcelona de fecha 28 de septiembre de 2017 dictada en el procedimiento núm. 696/2016, interpuesto por D^a. Begoña Ruiz Cámara y D^a. Nuria Esther Martínez Pareja contra AENA, SA en materia de derechos.

Han comparecido como parte recurrida D^a. Begoña Ruiz Cámara y D^a. Nuria Esther Martínez Pareja, quienes designaron como letrados a D. Carlos Barba Muñoz, D. Luis Ezquerro Escudero y D^a. María Ángeles Ruiz Pérez

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

ANTECEDENTES DE HECHO

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

" 1º- Las demandantes, Begoña Ruiz Cámara y Nuria Esther Martínez Pareja 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 Sanz, que se rigió por un contrato de relevo.

3º- El 21.5.15, la señora Sanz 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 Martínez suscribió con la empresa demandada un contrato de trabajo para "obra o servicio" igual al suscrito por la señora Sanz. 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".

En la parte dispositiva de dicha sentencia se dijo lo siguiente: "que, estimando totalmente la demanda interpuesta por Begoña Sanz Cámara y Nuria Esther Martínez Pareja 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 Sanz) y 23.11.10 (señora Martínez);

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

SEGUNDO. – AENA, SA interpuso recurso de suplicación frente a la sentencia citada y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia el 5 de abril de 2018, en su recurso de suplicación nº 229/2018, en cuyo fallo dijo lo siguiente: Desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por AENA, S.A. contra la sentencia dictada, en fecha 28 de Septiembre de 2017, por el Juzgado de lo Social nº 17 de los de Barcelona en los autos nº 696/2016, seguidos a instancia de Begoña Sanz Cámara y Nuria Esther Martínez Pareja en materia de reconocimiento de derecho frente a la mencionada empresa, ahora recurrente, y, en su consecuencia, confirmamos íntegramente la sentencia de instancia.

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

TERCERO. – AENA, SA interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia mencionada, en la que denunció la infracción del art. 18 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, en relación con los arts. 111.1 y 113 de la Ley 40/2015, de

1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la Disposición Adicional Primera y el art. 55 del RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público y los arts. 23 y 24 del Convenio Colectivo del Grupo AENA. - Aportó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de mayo de 2010, rec. 6855/2008.

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

El 21 de junio de 2018 como parte recurrida D^a. Begoña Ruiz Cámara y D^a. Nuria Esther Martínez Pareja, quienes designaron como letrados a D. Carlos Barba Muñoz, D. Luis Ezquerro Escudero y D^a. María Ángeles Ruiz Pérez.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – 1. - El objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si la celebración de contratos en fraude de ley por una sociedad mercantil, encuadrada en el sector público, comporta que se reconozca a los trabajadores afectados la condición de fijos de plantilla o, por el contrario, solo cabe declararlos indefinidos no fijos.

2. – La sentencia recurrida, en la que se reclamó por los trabajadores su condición de fijos de plantilla, porque fueron contratados en fraude de ley, opta por la primera proposición, aunque admite que AENA, SA es una sociedad mercantil pública, encuadrada en el sector público, porque considera

que no es una Administración Pública, sino una sociedad mercantil pública sometida a las normas de derecho privado, tanto en su organización como en su actividad, incluida la contratación. – Concluye, por tanto, que “...AENA S.A. no es una Administración Pública a los efectos de serle de aplicación el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), por cuanto el ámbito del mismo se ciñe al personal de las Administraciones Públicas, haciéndose difícil sostener que los trabajadores de una sociedad de derecho privado puedan ser calificados como "indefinidos no fijos", al ser ésta una calificación creada jurisprudencialmente para garantizar la situación de quienes prestan servicios para entidades públicas en un régimen de laboralidad que no se sujeta a una causa legal de temporalidad. En palabras del Tribunal Supremo, la justificación de la figura del trabajador "indefinido no fijo" se halla en la necesidad de preservar los principios que rigen el acceso al ejercicio de una función pública, elemento justificativo que desaparece por completo en el ámbito de las relaciones privadas”.

3. - La sentencia citada de contraste es la dictada por la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 11 de mayo de 2010, R. Supl. 6855/2008 que estimó en parte el recurso que formulaba la Sociedad Mercantil Estatal Radio Nacional de España SA, y revocó en parte la sentencia de instancia, en el sentido de declarar que la relación laboral que vincula a las partes es de carácter indefinido no fijo.

En dicha sentencia se tuvo por probado, que el actor prestaba servicios para la Sociedad Mercantil Estatal Radio Nacional de España SA en la sede de Lleida en las condiciones que allí constan, habiendo declarado la sentencia de instancia la naturaleza laboral de su prestación de servicios y la condición de fijo de plantilla, porque la relación entre las partes se produjo en fraude de ley. Sin embargo, la referencial, en la que la empresa denunció la infracción de la D.A. 1ª de la Ley 7/2007 (EBEP), estimó en parte el recurso de suplicación que interponía la Sociedad Mercantil Estatal Radio Nacional de España SA y declaró que la relación laboral era indefinida no fija por las razones siguientes: “Como decimos en nuestra sentencia de 19-3-2009 (rec. 7827/2007), y al igual que ocurre en el caso presente: "La sentencia recurrida argumenta en sus fundamentos de derecho 14º y 15º que la demanda ha sido presentada por la actora en 2007 (el 24 de enero), en un momento en que han entrado ya en funcionamiento las nuevas sociedades mercantiles estatales nacidas al amparo de la Ley 17/2006 de 5 de junio y ha quedado derogada la Ley 4/1980 de 10 de ene y que esta nueva normativa no obliga a que el acceso a las sociedades mercantiles estatales Corporación RTVE, TVE SA y RNE SA se produzca con arreglo a los principios propios de la contratación efectuada por las

Administraciones Públicas (igualdad, mérito y capacidad), razón por la cual se procede a declarar a la demandante fija y no indefinida". - Tras lo que en dicha sentencia concluimos que "La Ley 17/2006 sigue atribuyendo a TVE S.A. la función de prestar un servicio público. La disposición adicional 12ª de la LOFAGE establece que las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial de control financiero y contratación, añadiendo que la Corporación de Radio y Televisión Española, como sociedad anónima estatal dotada de especial autonomía respecto a la Administración General del Estado, se regirá, en primer lugar, por su ley reguladora y sus estatutos sociales, en segundo lugar por su legislación sectorial y por las normas reguladoras de las sociedades anónimas estatales en lo que le sean de aplicación y, en defecto de la anterior normativa, por el ordenamiento privado. La disposición transitoria 2ª de la Ley 17/2006 establece que la Corporación RTVE y las sociedades prestadoras del servicio público, respectivamente, se subrogarán en la misma posición jurídica que ostentaba el Ente Público RTVE, y las Sociedades TVE SA y RNE SA, en las relaciones jurídicas, derechos y obligaciones de naturaleza laboral, convencional o extraconvencional y de Seguridad Social de los trabajadores que se incorporen a las nuevas entidades. Se respetarán en todo caso la categoría profesional, la antigüedad y los derechos económicos adquiridos por el personal mencionado, así como sus derechos sociales. El artículo 15 del Convenio Colectivo aplicable a la entidad regula los procedimientos para adquirir la condición de trabajadores fijos de plantilla: oposición, concurso, concurso-oposición o cualquier otro procedimiento de selección objetiva que se determine. Todo ello comporta que la transformación jurídica operada en el organismo recurrente no puede suponer un cambio en la naturaleza jurídica de la relación laboral que debe seguir siendo indefinida y no fija, como ya ha dicho el Tribunal Supremo, por lo que en este punto el motivo y el recurso deben ser estimados".

3. - El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos,

fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013) y 17/06/2014 (R. 2098/2013).

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

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

SEGUNDO. – 1. - AENA, SA denuncia, en su único motivo de casación para la unificación de doctrina, la infracción del art. 18 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, en relación con los arts. 111.1 y 113 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la Disposición Adicional Primera y el art. 55 del RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público y los arts. 23 y 24 del Convenio Colectivo del Grupo AENA.

2. – D^a. Begoña Ruiz Cámara y D^a. Nuria Esther Martínez Pareja se personaron como parte recurrida en el recurso de casación para la unificación de doctrina.

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

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

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

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

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

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

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

«1. Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas:

[...] d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas».

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

4. – Sin embargo, la disposición adicional primera del EBEP amplía el ámbito de aplicación de cuatro preceptos, incluido el citado art. 55 del EBEP: «los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica».

Así pues, aun cuando el EBEP no es aplicable con carácter general a las entidades del sector público estatal no incluidas en su art. 2, sí les son aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, cuando la normativa específica, que les sea aplicable, les encuadra en sector público estatal.

5. - El tenor literal de la disposición adicional primera del EBEP indica que al referirse a las «entidades del sector público estatal» no se limita a las «entidades de derecho público» mencionadas en el art. 2 del EBEP. En caso contrario, la disposición adicional primera del EBEP no tendría ningún contenido porque las entidades de derecho público ya están incluidas en su ámbito de aplicación conforme al art. 2 del EBEP.

Consiguientemente, cuando la normativa específica, aplicable a las sociedades mercantiles públicas, las encuadre en el sector público estatal, les serán aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad.

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

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

b) El art. 85 del EBEP regula las situaciones administrativas de los funcionarios de carrera. Prevé que las Leyes de Función Pública podrán regular otras situaciones administrativas de los funcionarios de carrera, distintas del servicio activo, servicios especiales, servicio en otras Administraciones públicas..., cuando 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».

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. 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. 103.1 de la LRSJP define las entidades públicas empresariales:

«Las entidades públicas empresariales son entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación».

El art. 106 de la LRJSP dispone:

«1. El personal de las entidades públicas empresariales se rige por el Derecho laboral, con las especificaciones dispuestas en este artículo [...]

2. La selección del personal laboral de estas entidades se realizará conforme a las siguientes reglas:

a) El personal directivo, que se determinará en los estatutos de la entidad, será nombrado con arreglo a los criterios establecidos en el apartado 11 del artículo 55, atendiendo a la experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada.

b) El resto del personal será seleccionado mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad».

El art. 113 de la LRJSP acuerda:

«Las sociedades mercantiles estatales se regirán 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 regirá 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 regirá 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.

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

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le

confiere la Constitución, esta Sala ha decidido 1.– Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de Aeropuertos Españoles de Navegación Aérea SA (AENA SA).

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

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

4. – Sin costas en ninguna de las instancias.

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

Así se acuerda y firma.

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

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

El presente Voto Particular, que pretende ser conciso para evitar

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

1. Homogeneización de doctrinas de la propia Sala.

Se trata de determinar las consecuencias de que un contrato de trabajo haya sido celebrado en fraude de ley cuando la empresa es 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 registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y de contratación"» [DA 12 LOFAGE y art. 166 Ley 33/2003, de 3/Noviembre]. Estas empresas «dependen mayoritariamente de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales [SEPI]. Son los casos, por ejemplo, de ... la "Empresa de Transformación Agraria" [TRAGSA]»..

B) Doctrina de la Sala.

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

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

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

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

Nuestra citada sentencia de 20 octubre de 2015 (rec. 172/2014; Pleno) aborda el tema central que ahora se nos plantea, bien que en orden a la

resolución del recurso suscitado respecto del despido colectivo, y sienta una doctrina que reproducimos seguidamente.

No cabe equiparar el régimen jurídico correspondiente al sector público «administrativo» con el sector público «empresarial», pues «el factor diferencial entre una y otra categoría de trabajadores se encuentra en la diferente estructura en la que se incardinan, que los convierte en grupos o categorías personales diferentes que admiten la atribución por el legislador de consecuencias jurídicas distintas» (ya citada STC 8/2015 , mismo FJ 9.a);

Es reiterado criterio del Tribunal Constitucional que en los contratos laborales no se aplica el art. 23.2 CE (así, SSTC 86/2004, de 10/Mayo, FJ 4 ; 132/2005, de 23/Mayo, FJ 2 ; y 30/2007, de 15/Febrero , FJ 8); Incluso en el ámbito del sector público propiamente «administrativo» se ha mantenido que «el derecho que consagra el art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal» (SSTC 24/1990, de 15/Febrero ; 25/1990/19/Febrero ; 26/1990, de 19/Febrero ; 149/1990, de 1/Octubre ; y 156/1998, de 13/Julio , FJ 3), y que «el rigor con el que operan los principios constitucionales que se deducen de este derecho fundamental no es el mismo según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo», pues en sus vicisitudes «cabe manejar otros criterios que no guarden relación con estos principios» de mérito y capacidad, «en atención a una mayor eficacia en la prestación de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales» (SSTC 192/1991, de 14/Octubre ; 200/1991, de 28/Octubre ; 293/1993, de 18/Octubre ; 365/1993, de 13/Diciembre ; 87/1996, de 21/Mayo ; y 38/2014, de 11/Marzo FJ 6).

Como puso de relieve la STS 618/2016 de 6 julio (rc. 22972015), las anteriores afirmaciones concuerdan con lo expuesto en la STS 18 septiembre 2104 (rec. 2323/2013): la construcción del indefinido no fijo es inaplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, pues no están obligadas a cumplir con esos principios constitucionales del acceso "a la función pública", que es a lo que se contrae el mandato del art. 103.3 CE. Y añade:

“Tanto el art. 23.2 como el 103.3 de la Constitución se refieren al acceso a

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

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

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

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

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

4. Las normas en presencia.

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

a) El artículo 2º del EBEP remite dispone su aplicación a las “entidades de derecho público, mientras que ahora estamos ante una cuya ontología es de derecho Privado.

b) La Disposición Adicional Primera del EBEP amplía ese radio aplicativo

(respecto de determinados principios) a las “entidades del sector público estatal”, pero sin mencionar a las sociedades mercantiles o de capital.

c) Diversas normas precisan que las sociedades mercantiles cuyo capital sea mayoritariamente público pertenecen a ese “sector”, lo que no comporta extensión aplicativa de reglas del EBEP.

d) La Ley 40/2015 (LRJSP), que no viene a alterar las previsiones del EBEP en la materia que nos ocupa dispone que las entidades publicas empresariales seleccionarán a su personal con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 106), pero en esa categoría no están las sociedades mercantiles de titularidad pública.

e) La LRJSP (art. 117.4) dispone que el personal laboral de las sociedades mercantiles estatales se rige por el derecho laboral “así como por las normas que le sean de aplicación en función de su adscripción al sector público estatal”, sin que eso altere la situación preexistente desde la perspectiva que aquí interesa.

5. Argumentación específica.

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

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

Cuando el artículo 2º EBEP habla de “entidades de derecho público” es evidente que no abarca casos como el de la Sociedad Anónima AENA. Y cuando su Adicional Primera se refiere a las “entidades del sector público” no parece que quiera referirse también a las sociedades mercantiles. Las sociedades con forma de capital no son “entidades”, al margen de si pertenecen al sector público. De hecho, la Ley General Presupuestaria (art. 2º), la (hoy derogada) LOFAGE o la LRJSP se refieren expresamente a “las sociedades mercantiles estatales” sin englobarlas en ese concepto de “entidades”; en fin, la LRJSP define las entidades públicas empresariales (art. 103.1) como algo distinto de las sociedades mercantiles cuyo capital sea mayoritariamente público.

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

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

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

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

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

Sexto: Aunque se llegara a la conclusión de que el EBEP y normas concordantes abocan a que jueguen los principios de igualdad, mérito y

capacidad para acceso al empleo en las sociedades mercantiles de titularidad mayoritariamente públicas, la consecuencia de infringir esos principios no habría de ser la de impedir la conversión del contrato en fijo, porque falta la palanca suprallegal 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.