

Contratación temporal irregular en una sociedad mercantil estatal: la aplicación de la figura del “trabajador indefinido no fijo”.

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

Resumen: *Sabido es que el reclutamiento temporal irregular de efectivos por las Administraciones Públicas conlleva la conversión del vínculo en “indefinido no fijo”, de manera que el contrato se mantiene hasta la amortización de la plaza o su cobertura por el procedimiento reglamentario. Esta misma consecuencia tiene lugar cuando quien actúa como empresario es una sociedad mercantil estatal, pues aun cuando su personal se rige por la normativa laboral, el proceso selectivo queda sujeto a los principios de mérito y capacidad.*

Palabras clave: *Sociedades mercantiles públicas, mérito y capacidad, indefinido no fijo, contratación temporal irregular.*

Abstract: *It is known that irregular temporary recruitment of staff by Public Administrations leads to the conversion of the worker contract into “indefinite not fixed”, so that the contract is maintained until the job amortization or its coverage by the regulatory procedure. This same consequence happens when the person who acting as an employer is a “state trading company”, because even when its personnel are governed by labour regulations, the selection process is subject to the principles of merit and capacity.*

Keywords: *Public commercial companies, merit and capacity, indefinite not fixed, irregular temporary employment contract.*

I. Introducción

Sin ninguna duda, el art. 11.1 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), faculta a los entes públicos para hacer uso de todas las vías de contratación previstas en la legislación laboral, tanto por tiempo indefinido (común u ordinario) como singularmente temporales: alguno de los tipos admitidos por la ley social, clasificados en los grupos de vínculos formativos (para la formación y el aprendizaje o en prácticas), estructurales (obra o servicio determinado, eventual o interino) y coyunturales (de relevo o para trabajos fijos de carácter discontinuo).

En principio, la opción entre la contratación temporal e indefinida no es libre. Las necesidades permanentes deberían ser cubiertas con personal fijo y el reclutamiento a término debería responder a la concurrencia de una causa específica y, por tanto, ser casi residual, no en vano el art. 15 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), es claro al tipificar estrictamente los motivos justificativos de un posible vínculo temporal, exigiendo un

ajuste perfecto entre el presupuesto legalmente habilitante y la realidad del trabajo requerido, sin ser de recibo usar un molde determinado para una situación de hecho ajena al mismo.

Ahora bien, precisamente, la utilización de forma arbitraria y abusiva por parte de las Administraciones Públicas de los cauces de incorporación temporal de efectivos ha estado en el origen de grandes problemas capaces de requerir la constante intervención de los Tribunales a la hora de perfilar las consecuencias jurídicas de tal torticero proceder.

En este marco se encuentra la sentencia objeto de comentario que analiza los efectos de la utilización irregular de un contrato por obra o servicio determinado celebrado, no por una Administración Pública, sino por un ente instrumental: una sociedad mercantil estatal, cuyo régimen jurídico se sujeta al Derecho privado, salvo en materia presupuestaria, contable, de control económico financiero y de contratación.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 587/2020, de 2 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación para unificación de la doctrina núm.1906/2018.

ECLI: ES:TS:2020:2431

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excma. Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol.

Votos Particulares: Un voto particular a cargo del Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La sentencia comentada resuelve un recurso de casación para la unificación de la doctrina cuyo objeto radica en dilucidar la consecuencia inherente a una contratación temporal irregular de una trabajadora por una sociedad mercantil estatal, abriéndose una doble perspectiva: si debe adquirir la condición de fija aplicando lo previsto en el art. 15 ET o, como sucede en el sector público al calor de reiterada doctrina judicial, debe obtener la consideración de indefinida no fija.

La trabajadora suscribió un contrato temporal para obra o servicio determinado en fecha 18 de abril de 2015 con AENA AEROPUERTOS S.A, con categoría profesional de atención y apoyo a pasajeros, usuarios y clientes (AAPUC). El objeto de su contrato se centraba en el seguimiento de los procedimientos de apertura y cierre de las salas de llegadas, el control de las instalaciones y la 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. El plazo de duración del nexo se extiende hasta que finalice dicho proceso de certificación.

En la realidad, pese a los estrictos términos del vínculo, la demandante ha venido realizando las mismas funciones que el resto de personal que se ocupa de la atención a pasajeros, usuarios y clientes; además, 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 a la actora.

El juzgado de lo social número 1 de las Palmas dicta sentencia con fecha de 6 de junio de 2017 en la que se estima la pretensión de la trabajadora, quedando declarada como indefinida de AENA AEROPUERTOS S.A, entendiéndose que la contratación

temporal se había realizado en fraude de ley al haber venido realizando las tareas propias y ordinarias de atención a pasajeros, usuarios y clientes, sin diferencia alguna con sus compañeros. Contra este pronunciamiento, la empresa formula recurso de suplicación, que es desestimado en su integridad por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que considera, acogiendo la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (vertida en Sentencia de 18 de septiembre de 2014), que el personal civil de una sociedad mercantil está excluido de la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, por cuanto el ámbito de aplicación de dicho texto legal, se ciñe al personal de las Administraciones Públicas, siendo difícil sostener que los trabajadores de una sociedad de derecho privado pueden ser calificados como indefinidos no fijos, por ser ésta una calificación creada judicialmente para garantizar la situación de quienes prestan servicios para entidades públicas en régimen de laboralidad”.

Frente a este pronunciamiento, AENA interpone recuso de casación para la unificación de doctrina proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 11 de septiembre de 2009 (rec. 2988/2009), alegando que el fallo de la sentencia de suplicación impugnada implica la vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen el acceso al empleo público.

IV. Posición de las partes

De un lado, la trabajadora defiende su consideración como trabajadora fija de AENA debido a la celebración fraudulenta del contrato de obra o servicio con el que estaba vinculada a dicha empresa, no en vano venía realizando tareas ordinarias de atención a pasajeros, usuarios y clientes, carentes, por tanto, de autonomía y sustantividad propias.

De otro, la empresa entiende que el fraude contractual debe implicar, si lo hubiera, la declaración de la trabajadora como “indefinida no fija”, manteniéndose en su puesto de trabajo únicamente hasta la amortización de la plaza o su cobertura por el procedimiento legalmente establecido, pues AENA como sociedad mercantil estatal queda sometida al derecho público en cuanto al reclutamiento de efectivos. Otorgar la consideración de fija a la trabajadora sin condicionante supondría un atentado flagrante a los principios de mérito y capacidad que deben regir en el acceso al empleo público. Como fundamento de tal pretensión aporta, como sentencia de contraste la anteriormente citada del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 11 de septiembre de 2009, que reconoce la existencia de cesión ilegal en un supuesto en el que una trabajadora, secretaria de producción, desempeñando formalmente servicios para una productora de televisión, en realidad prestaba su actividad bajo la supervisión y control exclusivo de la Sociedad Estatal TVE S.A. Este pronunciamiento atribuye a la asalariada la posibilidad de optar por incorporarse a la Administración Pública demandada como indefinida no fija, no en vano la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad condicionan el acceso al empleo público en la cualidad de personal estable a la previa superación de unas pruebas objetivas derivadas de una convocatoria pública.

En suma, ANEA entiende que la aplicación de los mentados principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, excluye per se la conversión sin más de un contrato laboral temporal en un contrato fijo de plantilla sin antes pasar por los procesos selectivos convocados al efecto y sujetos a los reseñados parámetros.

V. Normativa aplicable al caso

Varios preceptos son tomados en consideración en el presente pronunciamiento de casación para unificación de la doctrina:

En primer lugar, el art. 15 ET, que, bajo el principio de causalidad en la contratación temporal, atribuye el carácter de indefinidos a los trabajadores temporales cuyo vínculo es considerado fraudulento por no respetar el ajuste legal exigido entre el objeto del contrato y la causa habilitante del reclutamiento a término.

En segundo término, el art. 55.2 EBEP, que detalla los principios constitucionales que deben pautar el acceso al empleo en las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el art. 2 del presente Estatuto, garantizando el debido respeto a los parámetros constitucionales de mérito y capacidad: a) publicidad de las convocatorias de y de sus bases; b) transparencia; c) imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; d) independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección; e) adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; y f) agilidad, sin perjuicio de la objetividad en los procesos de selección.

En tercer lugar, el art. 2 EBEP, que aclara el ámbito objetivo al que se extiende el propio Estatuto, incluyendo “al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas: a) La Administración General del Estado; b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla; c) Las Administraciones de las Entidades Locales; d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas; e) Las Universidades Públicas”.

En cuarto lugar, la disposición final 1ª EBEP, en virtud de la cual el art. 55 EBEP deviene aplicable también 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”.

En quinto lugar, el Convenio Colectivo del grupo ANEA; en concreto, los arts. 23.3º (“se respetarán los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad”) y 24.1º (“la Comisión Paritaria de Promoción y Selección tiene por objeto garantizar el adecuado control, calidad y homogeneidad de los procesos de selección, para garantizar el cumplimiento de la legislación laboral, del presente Convenio Colectivo, así como los principios de igualdad de oportunidades, mérito, capacidad y publicidad”).

En sexto lugar, el art. 63 del Estatuto de creación de AENA, conforme al cual “la selección del personal al servicio del Entre público se hará de acuerdo con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad, y...mediante convocatoria pública”.

En fin, el art. 113 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que dispone textualmente que “las sociedades mercantiles estatales se regirán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, 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”. No obstante la claridad de este precepto, lo cierto es que más bien tiene un valor testimonial, pues no resulta de aplicación directa al supuesto enjuiciado, al no haber entrado en vigor en la fecha de celebración del contrato cuestionado por su carácter fraudulento. Por tal razón, procede acudir a lo dispuesto en su precedente, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, cuya disposición adicional 12ª, sienta que “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”.

VI. Doctrina básica

Una vez entendido que concurren los presupuestos para la admisión del recurso entre la sentencia aportada en contraste y el pronunciamiento de suplicación recurrido se da la identidad necesaria, por tratarse en ambos de trabajadores de sociedades mercantiles públicas, reclutados en fraude de ley, que reclaman su condición de fijeza por dicha razón, habiendo recibido respuestas contradictorias, puesto que la recurrida reconoce el derecho reclamado, mientras la referencial lo niega admitiendo únicamente la cualidad de “indefinido no fijo”, el Alto Tribunal llega a la conclusión de

que esta última característica es la correcta y debe de ser aplicada cuando el empleador es una sociedad mercantil estatal.

Siguiendo la argumentación de dos precedentes, los asuntos 1911/2018 y 2005/2018, el Tribunal Supremo considera en su opinión mayoritaria que, en tanto en cuanto la disposición adicional 1ª EBEP extiende la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad a los que se refiere el art. 55 EBEP a las entidades del sector público estatal, autonómico y local, no se limita a las “entidades de derecho público” mencionadas en el art. 2 EBEP, sino que va más allá, pues en caso contrario la citada disposición adicional quedaría vacía de contenido, siendo una mera reiteración de este último precepto.

VII. Parte dispositiva

El sentir mayoritario del Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso interpuesto, casando y anulando en parte la sentencia recurrida. Así, mantiene el carácter fraudulento de la contratación temporal como se reconoció en la instancia, pero considera que también en el sector público societario opera la necesaria concurrencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad para el acceso al empleo público, tal y como dispone el art. 55 EBEP, al desarrollar las directrices del texto constitucional (arts. 23, 103 y 14 CE), que resulta aplicable a la luz de lo previsto en la disposición adicional 1ª EBEP. En consecuencia, como sucede en este caso, la contratación temporal irregular de una trabajadora por una sociedad mercantil estatal (AENA) provoca su conversión no en trabajadora fija, sino en trabajadora indefinida no fija, con derecho a ocupar su plaza hasta que se cubra por el procedimiento ortodoxo o se amortice.

Discrepa con el fallo, el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro, que considera que una sociedad mercantil de titularidad mayoritariamente pública aunque se integre en el sector público, posee naturaleza de Derecho Privado, de manera que procede aplicar las reglas laborales comunes en los supuestos de reclutamiento temporal irregular de efectivos.

VIII. Pasajes decisivos

El debate jurídico principal vertido en el presente caso se centra en dilucidar si en una sociedad mercantil estatal se aplican o no los principios de mérito y capacidad que pautan el acceso al empleo público y, por tanto, matizan la adquisición de fijeza en los supuestos de reclutamiento temporal irregular. Para llegar a una conclusión en sentido afirmativo, el Alto Tribunal realiza una serie de reflexiones en cascada:

En primer lugar, trata de dilucidar cuál es la naturaleza jurídica de la empresa que formula la contratación irregular. A tal fin, se tiene en cuenta que fue el art. 7 Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, el que constituyó la sociedad mercantil estatal “AENA Aeropuertos S.A”. Se trataba de una sociedad de las previstas en el art. 166 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que entendía por tales “aquellas sobre las que se ejerce control estatal 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”. Ello sin olvidar que por Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, se dispuso el cambio en su denominación, pasando a ser la de AENA S.A (art. 18).

Seguidamente, el Tribunal Supremo aclara también que dentro de la definición del sector público estatal al que alude el art. 2 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, se encuentran expresamente mencionadas las “sociedades mercantiles estatales”, cuyo régimen jurídico se disciplinaba por la hoy derogada disposición adicional 12ª Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, vigente en el momento de acaecimiento de los hechos, cuyo tenor indicaba que “las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, por el ordenamiento jurídico privado”, salvo en

determinadas materias (“presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación”).

Aun cuando las cuestiones de personal no aparecen mencionadas expresamente entre las que se regulan por el ordenamiento jurídico-público, lo cierto es que la disposición final 1ª EBEP no deja lugar a dudas en cuanto a la aplicación de los principios reflejados en el art. 55 de este último texto legal a las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén referidas en su art. 2. A mayor abundamiento, el I Convenio Colectivo del Grupo AENA, en sus arts. 23.3 y 24.1, incide en que el sistema de ingreso del personal ha de respetar los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, al igual que lo hace el Real Decreto 905/1991, de 14 de junio, por el que se aprueba el Estatuto del Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, en cumplimiento a su vez del art. 82 Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, donde queda claro que si bien el personal quedará sujeto al derecho laboral (art. 62.2), su selección se hará de acuerdo con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad mediante convocatoria pública (art. 63).

Una vez admitido que los principios de mérito y capacidad vinculan también el reclutamiento de personal en las sociedades mercantiles estatales, el Tribunal Supremo da un paso más para considerar que los supuestos de contratación temporal irregular provocan en una secuencia lógica la conversión del vínculo en indefinido no fijo, como sucede en general en las Administraciones Públicas.

IX. Comentario

1. La figura del “indefinido no fijo”

La utilización arbitraria y abusiva por parte de las Administraciones Públicas de los cauces de incorporación temporal de efectivos laborales ha motivado una gran conflictividad judicial. En un inicio estas irregularidades se resolvieron aplicando el art. 15.3 ET, quedando convertidos estos vínculos en indefinidos, al igual que si de una empresa privada se tratara, lo cual parece chocar con las exigencias derivadas de los principios de igualdad, mérito y capacidad, para cuya satisfacción se prevén pruebas selectivas objetivas de acceso. Pronto surge una nueva línea judicial en la que tales fraudes motivaron la declaración de la nulidad del vínculo, conservando el afectado únicamente el derecho al salario por los servicios prestados. Quedaban a salvo, con esta segunda tesis, los citados parámetros constitucionales, pero se sancionaba la irregularidad en beneficio del empleador infractor.

Al final, se crea una categoría mixta, la del personal indefinido no fijo, que intenta cohonestar el postulado de mantenimiento en la ocupación con el debido respeto a los parámetros que rigen el acceso al empleo público, a través de un contrato de naturaleza temporal, sujeto a una duración determinada –hasta la cobertura reglamentaria de la vacante o amortización del puesto–, de manera que se conoce la causa de terminación del vínculo, aunque no el momento en que tal circunstancia va a tener lugar, pues la Administración queda obligada a adoptar las medidas precisas para la cobertura definitiva de la plaza o para su amortización, causas lícitas de extinción del contrato^[1].

Se trata, por ende, de empleados laborales que vagan entre la fijeza y la temporalidad, cuyo problema capital es la carencia de apoyo legislativo, más allá de su mención superficial en los arts. 8.1 c) y 11.1 EBEP (el personal laboral puede ser fijo, indefinido o temporal) sin precisión adicional y sin que a lo largo de este texto normativo se recoja el régimen jurídico de ordenación de sus condiciones de ocupación. No obstante, algunos preceptos dejan claro que ciertas garantías establecidas para los empleados públicos no son de aplicación al personal laboral indefinido no fijo, tal y como sucede con las reglas de readmisión del personal fijo en los supuestos de despido disciplinario declarado improcedente (art. 96 EBEP) o de prioridad de permanencia del personal fijo en los supuestos de despidos por causas económicas, técnicas y organizativas (disposición adicional 16ª ET).

Por lo demás, ha sido la doctrina judicial la que, colmando la laguna legal, ha ido progresivamente reconociendo algunas equiparaciones, tal y como sucede con los conceptos retributivos^[2], el complemento de antigüedad^[3], el derecho a la movilidad geográfica o concurso de traslado^[4], así como al desarrollo profesional, promoción y reclasificación^[5], que se ha hecho extensivo a la posible participación en un plan de evaluación docente acompañado del incentivo económico^[6]. Igualmente, han sido los órganos jurisdiccionales quienes han entendido que la virtualidad de la categoría de indefinido no fijo no sólo incide en el ámbito estricto de las Administraciones de base territorial sino que se extiende a todas las entidades públicas sometidas a derecho privado pero en las que el acceso se rige precisamente por los criterios de capacidad, igualdad, mérito y publicidad, conforme a lo establecido en la disposición adicional 1ª EBEP, pudiendo mencionar, acudiendo precisamente a pronunciamientos judiciales, entre otros, Radio Televisión Española^[7], Televisión de Galicia^[8], Euskal Telebista^[9], Correos y Telégrafos^[10], Eusko Irratia S.A.^[11] o el Institut Balear de la Natura (IBANAT)^[12].

Bajo tales premisas, descendiendo al supuesto aquí enjuiciado y teniendo en cuenta que AENA tiene la naturaleza jurídica de entidad pública instrumental, el fallo de la sentencia comentada entiende que le resultará de aplicación la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo relativa a las consecuencias que acarrearán en el contrato de trabajo las irregularidades cometidas por la Administración en el reclutamiento de efectivos, pasando a adquirir el trabajador afectado la condición de indefinido no fijo.

Aun cuando el órgano juzgador no hace referencia a ello, *mutatis mutandis* puede trasladarse un argumento que avala esta conclusión: la disposición adicional 16ª ET establece un régimen particular en cuanto a las causas justificativas y al procedimiento a observar en los supuestos de despidos objetivos y colectivos llevados a cabo por las Administraciones Públicas, concepto este último que se extiende a todos los entes mencionados en el art. 3.1 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, Contratos del Sector Público, entre los cuales se encuentran también las sociedades mercantiles estatales.

2. Los difíciles contornos del sector público: el voto particular

Contra esta conclusión, el Excelentísimo Sr. Magistrado Sempere Navarro formula voto particular. Para fundamentar su interpretación contraria a la opinión mayoritaria de la Sala, realiza un razonamiento fundamentado en varios extremos:

En primer lugar, trae a colación las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014) y de 6 de julio de 2016 (rec. 229/2015), referidas a la empresa pública TRAGSA, que consideran que no tiene naturaleza de entidad pública empresarial sino de sociedad mercantil estatal, de modo que no queda vinculada por las normas sobre empleo público.

En segundo término, toma como referencia la sentencia del Tribunal Constitucional 8/2015, de 22 de enero, que hace una doble distinción: de un lado, dentro del sector público, entre el “sector público administrativo” al que se refiere el art. 3.1 Ley General Presupuestaria (Administración General del Estado, Organismos Autónomos dependientes y determinadas entidades públicas) y el “sector público empresarial”; de otro, dentro de este último, esto es, del “sector público empresarial”, se encuentran las “entidades públicas empresariales” [art. 2.1 c)] (“dependientes de la Administración General del Estado o de cualquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella”, que quedan sujetas al Derecho Administrativo “cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación” [antiguo art. 2.2 Ley 30/1992]) y las “sociedades mercantiles estatales” [art. 2.1e)]. Estas últimas, aun cuando forman parte del sector público empresarial estatal, no son Administraciones Públicas (antiguo art. 2.2 Ley 30/1992), de manera que “se regirán íntegramente cualquiera que sea su forma jurídica por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias que le sea de

aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y de contratación” (antigua disposición adicional 12ª Ley 6/1997).

Partiendo de esta clasificación, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015 deja claro que “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 compartimentos diferentes que admiten la atribución por el legislador de consecuencias jurídicas distintas..., (máxime cuando) es reiterado el criterio del Tribunal Constitucional que en los contratos laborales no se aplica el art. 23.2 CE (SSTC 86/2004, de 10 de mayo, 132/2005, de 23 de mayo, y 30/2007, de 27 de febrero)”. Por otra parte, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2016 sienta que “la construcción del indefinido no fijo es inaplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, pues no están obligadas a cumplir con los principios constitucionales de acceso a la función pública”, opción esta última por la que apuesta el Excmo. Sr. Magistrado Sempere Navarro.

En tercer lugar, cuando la disposición adicional 1ª EBEP habla de “entidades del sector público” no se refiere a las sociedades mercantiles públicas, pues no son propiamente “entidades”. Y ello es así porque el art. 2 Ley 47/2003, General Presupuestaria, la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, o la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, se refieren a “sociedades mercantiles estatales” sin englobarlas en el concepto de “entidades”. De hecho, la Ley 40/2015 define a las entidades públicas empresariales (art. 103.1) como “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”; esto es, algo distinto de las sociedades mercantiles cuyo capital sea mayoritariamente público, entendidas como “sociedades mercantiles sobre la que se ejerce control estatal porque la participación directa en su capital social de la Administración General del Estado o alguna de las entidades que integran el sector público institucional estatal sea superior al 50 por 100”.

Las primeras, esto es, las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado en cuanto al ejercicio de su actividad, pero no en cambio en lo que se refiere a la formación de la voluntad de sus órganos y al ejercicio de las potestades administrativas (art. 104 Ley 40/2015), así como tampoco en cuanto a su régimen presupuestario, económico, financiero y de contabilidad (art. 108 Ley 40/2015). Además, el carácter público de estas entidades obliga a introducir matices y excepciones en lo que se refiere a su sujeción general al Derecho privado en el desarrollo de sus tareas, de manera que aunque su personal sea de carácter laboral, mantiene su condición de empleado público bajo el manto del EBEP, tal y como dispone el art. 2.1 de este texto legal y sólo en lo no previsto en él por del Derecho Laboral común (art. 7 EBEP). Sin lugar a dudas, los empleados e las entidades públicas empresariales deben ser seleccionados mediante convocatoria pública y en función de los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 106.2 Ley 40/2015) (Sánchez Morón, M.: Derecho Administrativo, 16ª edición, 2020, pág. 414).

Sin embargo, las segundas, esto es, las sociedades mercantiles estatales se ordenan también por el derecho privado pero de una forma más intensa, tanto en lo relativo a su organización como a su actividad, estando sometidas a las reglas del derecho de la competencia, al igual que las empresas privadas. Aun cuando la constitución y disolución de estas sociedades, su fusión, transformación o escisión, la adquisición y enajenación de participaciones en las mismas e inclusive la determinación de su objeto social derivan de decisiones adoptadas por las Administraciones de que dependen, el personal a su servicio tiene contrato laboral y carece de la condición de empleado público, sin que se aclare en el terno legal si debe

ser seleccionado de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, publicidad y concurrencia y demás aplicables en el sector público o, por el contrario, pueden actuar bajo el marco del parámetro de la libertad de empresa, opción esta última por la que apuesta el Excmo. Sr. Magistrado Sempere Navarro.

Con todo –y como conclusión del voto particular--, aun considerando que una sociedad mercantil estatal debe subsumirse en el concepto de “entidad del sector público” y someter el reclutamiento de su personal a las exigencias de igualdad, mérito y capacidad, esto no significa que estemos ante la aplicación de una exigencia constitucional sino meramente legal por mor de la disposición adicional 1ª EBEP. De esta manera, al no poder invocar lo reglado en los arts. 23 y 103 CE, no cabe postergar las consecuencias comunes incorporadas a las normas laborales para los supuestos de contratación temporal en fraude de ley, sin poder extender la figura del “indefinido no fijo” al faltar el resorte suprallegal, máxime cuando tal interpretación extensiva se hace en perjuicio de quienes trabajan.

X. Apunte final

El incremento de la complejidad y especialización de los servicios y las funciones asumidas por las Administraciones Públicas, ha motivado la proliferación de un elenco de entes instrumentales que gozan de una mayor autonomía funcional gracias a la aplicación del ordenamiento jurídico privado a excepción de algunas materias expresamente sujetas al Derecho público. En la actualidad, es la Ley 40/2015 la que se encarga de sistematizar y categorizar los numerosos entes institucionales existentes que obedecen a una variada tipología.

Dentro de este variado elenco, cabe mencionar aquellos que tratan de agilizar la gestión de servicios de intrínseca naturaleza empresarial, contando con la participación de la Administración en un porcentaje superior al 50 por 100. Estas sociedades mercantiles públicas, reguladas en los arts. 111 a 117 Ley 40/2015, se rigen con carácter general por el Derecho privado, tanto en lo relativo a su organización como a su actividad, quedando su personal sometido al régimen laboral común. Ahora bien, aun cuando no son empleados públicos en sentido estricto, la disposición adicional 1ª EBEP indica que deben ser seleccionados de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad. Por tal razón, tal y como concluye la sentencia objeto de comentario, el reclutamiento temporal irregular de recursos humanos debe provocar idéntica consecuencia que si se tratase de una Administración Pública: la conversión del vínculo en indefinido no fijo, manteniéndose únicamente la relación hasta la amortización de la plaza o su cobertura por el procedimiento reglamentario.

Sobre esta interpretación abunda la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2020 (rec. 1408/2018) que, acogiendo el sentir de pronunciamientos previos^[13], viene a añadir un sólido argumento de cierre: “es cierto que el art. 103 CE 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”.

Referencias:

1. ^ *Doctrina que parte de la STS, Social, 7 octubre 1996 (rec. 1307/1995), seguida, entre muchas, por las SSTS 10 diciembre 1996 (rec. 1989/1995), 30 diciembre 1996 (rec. 637/1996), 14 marzo 1997 (rec. 3660/1995) y 24 abril 1997 (rec. 3581/1996) o, con carácter más reciente, 24 abril 2019 (rec. 1001/2017).*
2. ^ *STS, Social, 9 diciembre 2009 (rec. 339/09) y 17 marzo 2015 (rec. 381/2014).*
3. ^ *SSTS, Social, 4 mayo 2009 (rec. 1631/2008), 8 julio 2009 (rec. 2632/2008) y 20 septiembre 2016 (núm. 756/2016).*
4. ^ *STS, Social, 21 julio 2016 (rec. 134/2015). También, SAN, Social, 2 enero 2015 (proc. 276/2014).*
5. ^ *STSJ. Social, Andalucía/Sevilla 22 junio 2016 (rec. 5/2016)). También, SSTS, Social, 21 julio 2016 (rec. 134/2015) y 2 abril 2018 (rec. 27/2017).*
6. ^ *ATJUE de 21 de septiembre de 2016, asunto C-631/15.*
7. ^ *SSTS, Social, 19 enero 2009 (rec. 1066/2007) y 3 abril 2009 (rec. 773/2007).*
8. ^ *STSJ, Social, Galicia 28 noviembre 2008 (rec. 235/2008).*
9. ^ *STSJ, Social, País Vasco 2 diciembre 2014 (rec. 2143/2014).*
10. ^ *SSTS, Social, 24 mayo 2006 (rec. 2962/2005), 7 junio 2006 (rec. 2129/2005), 12 julio 2006 (rec. 2335/2005) y 4 octubre 2006 (rec. 2792/2005).*
11. ^ *STS, Social, 26 noviembre 2016 (rec. 91/2016).*
12. ^ *STS, Social, 2 julio 2020 (rec. 4195/2017).*
13. ^ *SSTS, Social, 28 marzo 2007 (rec. 5082/2005); 6 octubre 2008 (rec. 3064/2007); 24 julio 2008 (rec. 3964/2007); 9 octubre 2008 (rec. 4029/2007); 9 octubre 2008 (rec. 1956/2007); 3 abril 2009 (rec. 773/2007); 23 noviembre 2016 (rec. 91/2016) o 16 junio 2020 (recs. 1911/2018 y 2811/18).*