

La figura del indefinido no fijo en el personal laboral de las fundaciones y sociedades mercantiles del sector público

Jesús García Garriga

Abogado de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears

SUMARIO

I. Introducción: objeto de controversia. II. La posición de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en la consideración como indefinido no fijo de este tipo de personal. 1. La normativa vigente para sostener la condición de indefinido no fijo del personal de las fundaciones y sociedades mercantiles públicas. 2. Análisis de diferentes resoluciones judiciales y los argumentos para sostener la tesis de la figura del indefinido no fijo en las fundaciones y en las sociedades mercantiles del sector público. III. La Sentencia núm. 474/2020, de 18 de junio, de la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo.

I. Introducción: objeto de controversia

En el ámbito del sector público de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (CAIB), la disposición adicional decimoquinta de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2013, titulada «Medidas de racionalización del régimen retributivo y de la clasificación profesional del personal laboral al servicio de los entes del sector público instrumental de la comunidad autónoma de las Illes Balears», estableció el mandato legal de regularizar ese sector público. Consecuencia de ello, en los últimos años se han estado elaborando las relaciones de puestos de trabajo de los entes instrumentales de su sector público, que, a pesar de su creación ya lejana en el tiempo, no tenían esa estructura de puestos de trabajo que contuviera las funciones ni retribuciones correspondientes a cada uno de estos.

La propia exposición de motivos de la Ley 15/2012 establecía la justificación de esa necesidad,¹ ordenando que los órganos competentes de cada ente aprobaran sus correspondientes relaciones de puestos de trabajo en el plazo de siete meses. Sin embargo, la realidad ha demostrado que el proceso ha sido muy arduo y laborioso; y que, tanto la diferente naturaleza de los entes como de las fórmulas de contratación de su personal, han llevado a una importante litigiosidad en la materia.

En efecto, la consecuencia de las contrataciones que se vinieron realizando con anterioridad en el tiempo, en régimen de derecho laboral privado, dieron lugar a que los trabajadores legítimamente consideraran que su situación en las empleadoras era como trabajadores fijos. Ahora bien, la controversia nace cuando no ha habido ningún tipo de proceso selectivo y sus contrataciones fueron temporales. Es evidente que en el régimen de derecho laboral privado *stricto sensu*, la contratación temporal realizada por la empresa en fraude de ley, tanto por la modalidad, como por la concatenación de contrataciones temporales, ex art. 15 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), deviene en indefinida con el transcurso del tiempo. Sin embargo, en aquellas entidades que se nutren mayoritariamente de presupuesto público y, por tanto, son entes del sector público, aunque su naturaleza jurídica sea privada (caso de las fundaciones y sociedades mercantiles públicas), la cuestión que se plantea es si este personal deviene fijo —no empleado público— o, por su parte, indefinido no fijo en tanto que no superó un proceso selectivo de acceso alguno en virtud de los principios de mérito, capacidad, igualdad y concurrencia.

¹ «En particular, hay que hacer mención a la disposición adicional por la cual se establecen las bases para la puesta en marcha del proceso de racionalización del régimen retributivo y de las categorías profesionales del personal de los entes del sector público instrumental de la comunidad autónoma de las Illes Balears, con objeto de dar una solución definitiva a la situación actual, caracterizada por la heterogeneidad de categorías profesionales, de estructuras salariales y de cuantías retributivas, por la ausencia de una regulación formal de muchos de los complementos retributivos que se abonan, por la desigualdad interna en el seno de los propios entes en cuanto a las retribuciones que percibe el personal, y sus cuantías, por el elevado peso relativo de las denominadas retribuciones variables, lo cual distorsiona las previsiones iniciales del presupuesto de gastos de personal respecto del gasto que finalmente se ejecuta, y, finalmente, por la diversidad, no suficientemente justificada, de los niveles retributivos medios entre los diferentes entes [...]».

La figura del indefinido no fijo en el personal laboral...

En la CAIB, mediante Decreto 40/2016, de 15 de julio, de la Comisión de Supervisión, Análisis y Propuesta de Reestructuración del Sector Público Instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (publicado en el BOIB núm. 90, de 16 de julio), se creó esta Comisión como «órgano colegiado de carácter consultivo, de propuesta y de seguimiento, adscrito a la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas» (art. 1) y entre sus funciones está la de «[f]ijar los criterios generales que tienen que orientar las acciones relacionadas con la planificación y gestión de los recursos humanos del sector público instrumental, así como las prioridades en la necesidad de incrementar sus plantillas» (art. 4.d). Consecuencia de ello, la Comisión elaboró un estudio el 2 de octubre de 2017, con la Integración del Informe emitido por la Abogacía de la CAIB como Anexo II, que concluyó que el personal de este tipo de entes, como mínimo desde la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), de no haberse superado un proceso selectivo, debía ser clasificado como indefinido no fijo, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo en este sentido para el personal laboral en idénticas condiciones que en el ámbito de las Administraciones Públicas. Sin embargo, para proceder a la clasificación del indefinido no fijo existe un inconveniente impuesto por Ley de Presupuestos del Estado, que sucesivamente, año a año ha impedido esta clasificación, requiriendo para ello resolución judicial, so pena de exigir responsabilidades a los gestores de dichos entes.² Derivado de dicha imposibilidad y de la pretensión legítima de los

² La vigente Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, así lo expresa:

«Disposición adicional cuadragésima tercera. Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral

Uno. Los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con las previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades.

trabajadores de ser fijos en plantilla de los entes del sector público, se ha generado la alta litigiosidad referenciada.

Ahora bien, si en un principio no había discrepancia sobre la condición de estos como indefinidos no fijos, posteriormente surgieron dudas, especialmente como consecuencia del Auto del Tribunal Supremo, de 22 de marzo de 2018, de inadmisión del Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3014/2017, así como de alguna otra resolución de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears (TSJIB) —que analizaremos más adelante—, que consideraron la calificación de estos trabajadores como fijos y no indefinidos no fijos, lo que llevó a la Comisión a replantear los criterios de clasificación.

Sin embargo, y a falta de pronunciamiento concreto por parte del Tribunal Supremo en esta materia, especialmente con personal laboral de fundaciones públicas, y ante resoluciones aparentemente contradictorias con respecto a personal laboral de sociedades mercantiles, se mantuvo la posición inicial, especialmente ante la cercanía de la vista de los autos del Conflicto Colectivo 4/2018, en los que se defendió por parte de la Abogacía de la Comunidad Autónoma la clasificación del personal laboral de la *Fundació d'Atenció i Suport a la Dependència i de Promoció de l'Autonomia Personal de les Illes Balears* como personal indefinido no fijo, cuyos trabajadores, en su mayoría, tienen una situación contractual como interinos por vacante con antigüedades que exceden de los tres años —llegando incluso a los diez años—, pero que en ningún caso habían superado procesos selectivos de acceso al empleo público para un puesto de trabajo con carácter de fijo.

Dos. Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.

Tres. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.

[...]».

De la introducción expuesta —partiendo del contexto normativo del ámbito de la pretensión de la CAIB de regularizar su sector público—, se ha podido observar que la controversia se ciñe y se focaliza en determinar si la celebración de contratos temporales en fraude de ley en el seno de las fundaciones públicas y en las sociedades mercantiles encuadradas en el sector público comporta que se reconozca a los trabajadores afectados en la condición de fijos de plantilla, en aplicación estricta del ET; o si, por el contrario, deben ser declarados indefinidos no fijos, en aplicación de la disposición adicional primera del actual Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP).

II. La posición de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en la consideración como indefinido no fijo de este tipo de personal

La postura de esta Administración con respecto a esta controversia es y era que este tipo de personal, que presta sus servicios en fundaciones y sociedades mercantiles del sector público autonómico, que no superó proceso de selección alguno sujeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, debe ser considerado como indefinido no fijo. Y así se mantuvo en los autos del Conflicto Colectivo mencionado, con base en la interpretación de las normas de aplicación, así como en el análisis de pronunciamientos previos de diferentes órganos jurisdiccionales, en los términos que se desarrollan a continuación.

1. La normativa vigente para sostener la condición de indefinido no fijo del personal de las fundaciones y sociedades mercantiles públicas

En primer lugar, partimos del presupuesto de que la contratación laboral de gran parte del personal de este tipo de entidades del sector público lo fue o lo es con contrataciones temporales de obras o servicios o de interinidades por cobertura de vacante hasta la finalización de proceso selectivo —que no se ha llegado a producir—. Por tanto, en estos casos, la cuestión es si se debe aplicar de forma estricta y rigurosa el art. 15 ET, convirtiendo a ese personal en fijo de plantilla, o, por su parte, clasificarlo como indefinido no fijo, siguiendo la doctrina creada por el Tribunal Supremo para las Administraciones Públicas; pero cambiante y no única para las sociedades mercantiles públicas.

De la normativa de aplicación, huelga decir que tanto las fundaciones como las sociedades mercantiles pertenecientes al sector público son entes de naturaleza

privada;³ y que el art. 2 TREBEP —en idénticos términos el EBEP—, cuando desarrolla su ámbito de aplicación, no hace mención a los entes públicos de naturaleza privada, esto es, las fundaciones y las sociedades mercantiles públicas. No obstante, la disposición adicional primera del TREBEP establece una cláusula que sí es de aplicación a este tipo de entes.⁴ De la lectura de esta disposición se pueden extraer las siguientes consideraciones:

- 1.^a A las entidades pertenecientes al sector público así definidas en su normativa específica, y no incluidas en el art. 2 TREBEP —entes públicos de derecho privado—, expresamente el legislador ha establecido que le sean de aplicación los principios rectores de acceso al empleo público previstos en el art. 55 del propio TREBEP. Por tanto, para el acceso a un puesto de trabajo con carácter de fijo, incluso en los entes de naturaleza privada como son una fundación o una sociedad mercantil, es requisito la superación de procesos de selección basados en dichos principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad previstos en los arts. 23.2 y 103.3 CE —y por extensión con respeto al principio de igualdad del art. 14—. Así, ante un presunto fraude en la temporalidad de la contratación del personal laboral de estos entes, los trabajadores no pueden devenir fijos en plantilla, sino, en su caso, indefinidos no fijos, dado que siendo el argumento único y principal para sostener dicha premisa en la Administración Pública y sus organismos públicos el de la sujeción a las disposiciones presupuestarias, igualmente rige para las entidades públicas de naturaleza privada referenciadas.
- 2.^a Es más, y en todo caso, si partimos de la literalidad de la disposición adicional primera, en atención a los criterios hermenéuticos del art. 3.1 CC, no cabe interpretarse otra cosa que no sea que el acceso a la fijeza del empleo en estos entes debe ser como consecuencia de los procedimientos de selección tendentes a dicha fijeza y con pleno cumplimiento de los

³ En concreto, en el ámbito de la CAIB, la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la comunidad autónoma de las Illes Balears, en el art. 2.2, párrafo 2º, dice que: «Las entidades mencionadas en las letras c) y d) del apartado anterior son organismos de titularidad pública de naturaleza institucional con personificación privada».

⁴ «Disposición adicional primera. Ámbito específico de aplicación

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».

principios constitucionales de acceso. Y, por ello, cualquier fraude en la contratación temporal no puede devenir en la fijeza de la contratación, sino en la consideración de indefinido no fijo.

- 3.^a En este punto, para conocer la verdadera voluntad del legislador, podemos acudir al proceso de elaboración del EBEP, en concreto, y por un lado, a los trabajos de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo informe⁵ preveía la aplicación de la disposición

⁵ Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (publicado en abril de 2005 por el Instituto Nacional de Administración Pública — INAP—), en cuyo punto 7 ap. e) decía expresamente que:

«Por razones similares, el Estatuto debería aplicarse, con las necesarias matizaciones, a otras entidades que, creadas por una Administración, organismo o entidad pública, tienen forma jurídica de *sociedad o fundación*, pero dependen de su Administración matriz y se financian mayoritariamente con recursos públicos.

El personal de estas entidades del sector empresarial o fundacional público (según la denominación de la Ley General Presupuestaria) tiene contrato laboral, pero por razón de las funciones que desempeña, de la vinculación o dependencia pública de su empresa o entidad y del origen de los fondos con cargo a los que percibe sus retribuciones, es parte del empleo público en términos sustantivos y económicos.

Con frecuencia, la creación de estas entidades de naturaleza jurídica privada ha tenido por finalidad, precisamente, huir del régimen del empleo público, y más en concreto de la función pública en sentido estricto. Pero, sin perjuicio de la flexibilidad requerida, no es aceptable que este tipo de opciones organizativas persiga o tenga como consecuencia la inaplicación de los principios constitucionales. De hecho, la legislación reciente ha reaccionado frente a esta situación y de ahí que la Ley de Fundaciones (art. 46.4) prevea, por lo que se refiere a las del sector público estatal, que la selección de su personal debe realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.

En cuanto al sector empresarial público y, más específicamente, al constituido por sociedades mercantiles creadas o dependientes de las Administraciones y entidades públicas, parece necesario atender a su realidad sustantiva [...].

[...] Se trata, pues, de aplicar al régimen del personal los mismos criterios en virtud de los cuales la legislación vigente exige hoy que determinadas sociedades del sector público apliquen las normas de la contratación pública, esto es, aquellas sociedades creadas por una Administración o Ente Público para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, que dependan o estén controladas

adicional a las sociedades mercantiles y fundaciones. Y, por otro lado, a la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, tanto en su trámite previo gubernamental, como en las negociaciones con el resto de Administraciones y organizaciones sindicales, así como en trámite en el Congreso de los Diputados y ante el Senado. En sus respectivos diarios de sesiones,⁶ queda constatado que en la elaboración parlamentaria del texto no hubo debate alguno sobre el alcance de la aplicación de los principios de acceso al empleo público y sobre el hecho de hacerlos extensibles sin ninguna excepción a los entes de naturaleza privada pertenecientes a las Administraciones Públicas y así reconocidas por su normativa específica. Lo contrario vaciaría de contenido dicha disposición adicional primera. La *ratio decidendi* de la norma no ofrece dudas, del mismo modo que por ejemplo la normativa de contratación pública somete a estos entes a la Ley de Contratos del Sector Público. El régimen de la contratación del personal en régimen laboral debe hacerse con base en los principios constitucionales de acceso al empleo público —en la remisión hecha de la disposición adicional primera al art. 55 EBEP⁷—. Y, en su consecuencia, en los casos en los que se plantea si la temporalidad de larga duración hace que la contratación devenga fija o indefinida no fija, el resultado de la ecuación no puede ser otro que el mismo que ha establecido el más Alto Tribunal para el personal laboral de la Administración General y de sus organismos públicos con fundamento en los criterios de la hermenéutica de la norma y de sus planteamientos originales.

por la Administración matriz y que estén mayoritariamente financiadas con fondos públicos (art. 2.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).»

⁶ *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, núm. A-94-13, de 20 de diciembre de 2006 y *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, Serie II núm. 85 (d) de 21 de febrero de 2007.

⁷ Art. 55: «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, así como los establecidos a continuación: [...]».

No debemos olvidar en este sentido que aunque el Tribunal Supremo, *de facto*, al interpretar y aplicar las normas del ordenamiento jurídico las puede llegar a modular como un *quasi* legislador, lo cierto es que la base del fundamento de su creación doctrinal de la figura del indefinido no fijo es y debe ser sin distinción la misma, tanto para el personal temporal de larga duración de las Administraciones Públicas y de sus organismos de derecho público, como también es y debe serlo para el personal de sus organismos de derecho privado, al estar estos sujetos ineludiblemente a presupuestos públicos. La interpretación contraria, con fundamento en la naturaleza de los fines de las sociedades mercantiles públicas, tal y como se ha pronunciado en alguna ocasión y que ha servido de base para otros órganos jurisdiccionales —como veremos más adelante—, no casa con la voluntad del legislador en la disposición adicional primera del EBEP —en idénticos términos el actual TREBEP— ni es aplicable a los fines de las sociedades ni fundaciones públicas.

2. Análisis de diferentes resoluciones judiciales y los argumentos para sostener la tesis de la figura del indefinido no fijo en las fundaciones y en las sociedades mercantiles del sector público

Como se ha anticipado, la propia Comisión de Supervisión, Análisis y Propuesta de Reestructuración del Sector Público Instrumental de la CAIB empezó a plantearse serias dudas sobre los criterios adoptados como consecuencia de determinadas resoluciones judiciales que vamos a analizar:

A. Auto del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2018 de inadmisión del Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm. 3014/2017

Esta resolución del TS es la que permitió plantearse a la Comisión un cambio de criterio y es la que en la demanda de los autos del Conflicto Colectivo núm. 4/2018 es utilizada para pretender la clasificación como personal fijo de los trabajadores y trabajadoras de la fundación pública. En sus Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto,⁸ recuerda que la figura del trabajador indefinido no fijo

⁸ «TERCERO. Recurre AENA en casación para la unificación de doctrina, centrandó el núcleo de la contradicción de su recurso en la determinación del derecho del trabajador de ostentar la condición de fijo de plantilla, siendo la empleadora AENA, una entidad que se rige por el derecho público en materia de contratación, y en la que han de respetarse los criterios

pierde por completo su necesidad de existencia en el ámbito de las relaciones entre privados. Ahora bien, dicho Auto no puede ser relevante a los efectos de considerar la doctrina jurisprudencial establecida en esta materia por el TS con respecto al personal de las fundaciones y sociedades mercantiles del sector público. Y esto por los siguientes motivos:

- a) En primer lugar, se trata de un Auto de inadmisión del Recurso de Casación para Unificación de Doctrina. Y, por tanto, no vincula ni genera doctrina jurisprudencial. Por ello, las consideraciones que se hacen en sus Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto son *obiter dictum* y no deberían de ser consideradas como doctrina, pues el TS no analizó en profundidad la cuestión de fondo.
- b) Se refiere al final de su Fundamento de Derecho Tercero a que AENA «[...] se trata de una sociedad mercantil estatal sujeta al ordenamiento jurídico privado con arreglo a los números 1 y 2 de la D. Adicional 12 LOFAGE, con lo que los supuestos son claramente distintos». Y esta afirmación se hace para separarse del ente RTVE, entidad pública empresarial en el momento

de igualdad, mérito y capacidad para la selección del personal, de conformidad con lo que disponen los art. 55 y Disp. Adicional Primera del EBEP.

La sentencia citada de contraste es la dictada por el TSJ de Cataluña, de 21 de febrero de 2008, R. Supl. 7945/2006, en la que se debatía la naturaleza laboral de la relación contractual habida entre las partes [...].

CUARTO. Al margen de la falta de contradicción de los supuestos enjuiciados en las dos sentencias comparadas, hay que señalar que es la sentencia recurrida la que se adecua a la doctrina de la Sala establecida en las SSTs de 18 de septiembre de 2014 (R. 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 consecuencia, 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”».

en que se dictó la Sentencia de contraste. Pues bien, si vemos el contenido de la disposición adicional duodécima⁹ de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) —derogada por la disposición derogatoria única de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)—, esta no preveía la aplicación expresa de normativa de carácter público de aplicación en materia de personal a las sociedades mercantiles. No obstante, el EBEP, como normativa posterior con rango de Ley, debía suponer la modificación tácita de dicho precepto al incluir en su disposición adicional primera que al personal laboral de las sociedades mercantiles públicas le es de aplicación el art. 55 EBEP. Y esta interpretación no parece nada descabellada si nos atenemos a la norma que ha derogado la LOFAGE y su dicción al respecto. Esto es, el art. 113 LRJSP,¹⁰ que sí incluye la referencia a la normativa pública en materia de personal.

Este precepto añade de forma expresa lo que tácitamente ya debía de interpretarse desde la disposición adicional primera, que a las sociedades mercantiles públicas les es de aplicación el ordenamiento jurídico público en

⁹ «Disposición adicional duodécima. Sociedades mercantiles estatales

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.

[...].»

¹⁰ «Artículo 113. Régimen jurídico

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. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas».

lo que proceda en materia de «personal», esto es, entre otros, el art. 55 TREBEP.

- c) Por último, se realiza una remisión a la STS de 18 de septiembre de 2014 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 2320/2013) que concluyó que la figura del indefinido no fijo no era aplicable a AENA como Sociedad Anónima del Estado. Ahora bien, de la lectura de dicha Sentencia, parece que el más Alto Tribunal hacía una remisión automática a esta Sentencia sin revisarla, pues únicamente analiza que el art. 2.1 EBEP dice que no es de aplicación a las sociedades mercantiles estatales, con omisión u olvido absoluto a la disposición adicional primera del EBEP.

B. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2014 (Recurso Casación para la Unificación de Doctrina núm. 2320/2013 y Sentencia del Tribunal Supremo núm. 618/2016, de 6 de julio (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 229/2015)

Estas Sentencias han servido de base, tanto a la Sala de lo Social del TSJIB, como al Auto del TS referenciado en el anterior punto. Ahora bien, como se ha dicho, en la primera de ellas parece que el Tribunal Supremo obvió la disposición adicional primera del vigente EBEP. Y, respecto de la segunda de ellas, si repasamos su contenido, el Tribunal Supremo incide en la misma omisión que la ya citada. En el Fundamento de Derecho Tercero analiza la naturaleza jurídica de TRAGSA y sus normas aplicables respecto a su personal laboral; y, como sociedad mercantil estatal, acude de nuevo a la disposición adicional duodécima de la LOFAGE, que prevé la aplicación de la normativa pública en materia presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación; pero no expresamente en personal. Y, además, añade que el TREBEP no le es de aplicación en virtud de lo dispuesto en su art. 2.1, obviando de nuevo la disposición adicional primera del TREBEP y dejando de analizar el alcance global del mismo.

C. Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en esta materia

En tercer lugar, podemos analizar varias Sentencias del citado órgano judicial que sostiene la tesis de que el personal laboral de las entidades privadas del sector público debe tener la consideración de personal fijo:

- a) Sentencia núm. 386/2018, de 28 de septiembre, de la Sala Social del TSJIB (Autos del Recurso de Suplicación núm. 252/2018).

Esta Sentencia, si bien dictamina de forma contundente la condición de fijo de empresa del personal de una fundación perteneciente al sector público autonómico de las Illes Balears (*Fundació Balear d'Innovació i Tecnologia*), puede ser un poco engañosa por los siguientes aspectos:

- En primer lugar, porque considera que no es de aplicación el EBEP porque la trabajadora fue contratada por primera vez y tenía reconocida una antigüedad desde octubre de 2005. Por tanto, no estando en vigor el EBEP hasta el 2007, concluye que no le son de aplicación los principios de acceso al empleo público exigidos por este. No entra a valorar qué calificación deben tener trabajadores contratados con posterioridad, pues apoya su fundamento en la STS de 6 de julio de 2016.
- Además, porque en el juicio quedó probado que hubo un mínimo proceso selectivo al que se sometió la trabajadora para iniciar su relación con la Fundación.
- Por último, la Sala del TSJIB se remite a su Sentencia anterior de 19 de junio de 2017, cuyo fundamento estaba de nuevo en la STS de 6 de julio de 2016 para considerar la fijeza de la trabajadora.

- b) Sentencia núm. 237/2017, de 19 junio, de la Sala de lo Social del TSJIB (Autos del Recurso de Suplicación núm. 90/2017).

En este caso, la Sala consideró la condición de fijo discontinuo a un trabajador del *Institut Balear de la Natura de les Illes Balears* (IBANAT), que cada temporada superaba procesos selectivos requeridos para acreditar la competencia y aptitud para el puesto de trabajo, con remisión a la misma Sentencia del TS. Ahora bien, en este caso, no procedía la remisión a dicha Sentencia del TS por los siguientes motivos:

- Porque el IBANAT no es ni sociedad mercantil ni fundación, sino entidad pública empresarial. Ente de naturaleza pública sujeto al TREBEP al cien por cien.
- Porque lo que tenían que superar estos trabajadores cada temporada (en su condición de indefinidos no fijos discontinuos) no eran procesos selectivos de acceso al empleo público, sino procesos de aptitud al puesto de trabajo para ser llamados, dado que las funciones de su puesto de trabajo consisten en la prevención y extinción de fuegos en el monte y requieren superar pruebas físicas de aptitud, lo mismo que requeriría cualquier contratación temporal para este tipo de trabajos.

Esta argumentación y tesis ha sido recientemente confirmada por el Tribunal Supremo al estimar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 4195/2017 interpuesto por la Abogacía de la CAIB en representación procesal del IBANAT en la STS núm. 587/2020, de 2 de julio.¹¹

- c) Sentencia núm. 402/2019, de 2 de diciembre, de la Sala de lo Social del TSJIB (Autos del Conflicto Colectivo núm. 4/2018).¹²

Por último, hacemos mención a la Sentencia núm. 402/2019, de 2 de diciembre, en la que a pesar de que la representación de la Abogacía de la CAIB alegó los argumentos que contiene el presente estudio, la Sala concluyó que el personal de la fundación afectada debía tener la consideración de personal fijo con fundamento en las STS de los años 2014 y 2016, ya citadas, así como en el Auto de 22 de marzo de 2018.

En contra o en oposición de las anteriores resoluciones, existen otras tantas en términos favorables a la tesis del indefinido no fijo, que se desarrollan en los siguientes apartados.

¹¹ «CUARTO. [...] 3. [...] En consecuencia, al citado organismo le resultará de aplicación la doctrina de esta Sala acerca de las consecuencias que acarrea en el contrato de trabajo las irregularidades cometidas por la Administración, bien en el momento de su celebración, bien a lo largo del desarrollo del mismo. En definitiva, si dichas irregularidades determinan la declaración de fijeza, como entiende la sentencia recurrida o, por el contrario, suponen que el trabajador adquiere la condición de indefinido no fijo, en el asunto examinado indefinido discontinuo.

La posición de la Sala aparece definitivamente fijada a partir de la sentencia de 7 de octubre de 1996, recurso 1307/1995, en la que se establece que “la contratación en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido”».

¹² En el momento de preparación de este comentario, se ha interpuesto Recurso de Casación frente a dicha Sentencia, que todavía no ha resuelto el Tribunal Supremo.

D. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 983/2016, de 23 noviembre (Recurso de Casación núm. 91/2016)

Importante mención merece esta Sentencia del más Alto Tribunal, dictada con posterioridad en el tiempo a las ya analizadas de 18 de septiembre de 2014 y de 6 de julio de 2016, pero no tenida en cuenta ni por la Sala de lo Social del TSJIB ni en el Auto del TS de 22 de marzo de 2018. En esta Sentencia, Fundamento de Derecho Cuarto,¹³ se confirmó por el Tribunal Supremo que la relación del personal

¹³ «CUARTO. En su tercer motivo de recurso, al amparo del apartado e) del artículo 207 de la LRJS se alega la infracción del artículo 14 de la Constitución Española y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 103 de la Constitución Española y artículos 2 y 55 del Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP.

La finalidad del motivo es la de impugnar los ceses en los que se parte de la condición de trabajadores indefinidos no fijos de los afectados por considerar que esta figura jurídica no tiene cabida en una empresa como la demandada calificada de empresa pública que adopta la forma de sociedad mercantil.

En su apoyo cita la S.T.S. de 18 de septiembre de 2014 (R.C.U.D. 2323/2013).

La respuesta dada en la sentencia que se recurre sobre este particular es la de admitir en principio la diferencia entre Administración Pública en sentido estricto y las empresas mercantiles de capital público, con cita de las S.S.T.S. de 19 de enero y 3 de abril de 2009 (R. 1066/2007 y 777/207) y de 10 de junio y 8 de julio de 2009 (R. 1416/2008 y 722/2008).

Concluye su razonamiento con la invocación de la norma rectora de EUSKO IRRATIA, L. 5/1982 de 20 de mayo y en particular su artículo 47.1 que establece en su párrafo segundo, a propósito de la relación de personal, sujeto al Derecho laboral 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”.

Unida esta previsión a la que se contiene en la Disposición Adicional 1ª de la L. 7/2007 de 12 de Abril por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público conforme al cual “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 incluidos en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica.”, llega a la conclusión favorable a la acogida de la figura del personal laboral indefinido no fijo en el marco de la empresa pública.

La demandada no posee el carácter de Administración Pública en sentido estricto al no estar incluida entre las categorías descritas en el artículo 2 del R.D.L. 5/2015 de 30 de octubre, EBEP, que son las siguientes:

[...].

de una sociedad mercantil de la Comunidad Autónoma del País Vasco fue declarada como indefinida no fija. Por tanto, el TS, después de las Sentencias de 18 de septiembre de 2014 y de 6 de julio de 2016, en este supuesto, en correcta aplicación del TREBEP, consideró el personal de estos entes como indefinido no fijo en los casos en los que no superaran un proceso selectivo, en aplicación de esa disposición adicional primera en relación con el art. 55 TREBEP. Es cierto que en dicha Sentencia del TS se habla de que existe normativa de desarrollo autonómica que exigía la sumisión a procesos selectivos. Pero en el caso de las fundaciones, a diferencia de las sociedades mercantiles, podíamos acudir sin ningún reparo a lo que preveía la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, cuyo art. 46.4 (vigente hasta su derogación por la LRJSP), establecía que: «La selección del personal deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.»

Es verdad que parece que en la presente Sentencia el matiz diferenciador con las Sentencias anteriores contradictorias se basaba en el desarrollo normativo propio del sector público autonómico del País Vasco y su contenido. Ahora bien, si volvemos a los criterios hermenéuticos de la disposición adicional primera, no se alcanza a comprender por qué sea necesario que deba haber normativa específica al tratarse el TREBEP de normativa básica estatal. Además, no cabe interpretar que sea necesario que en la normativa específica deban preverse los principios de

Es precisamente su exclusión de los apartados citados lo que la lleva al ámbito externo al que se refiere la Disposición Adicional Primera del EBEP, siempre en relación con lo definido en su normativa específica, en este caso la referida L. 5/1982 de 20 de mayo que en el artículo 47.1 establecía la selección de su personal mediante convocatoria pública y de acuerdo con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad. A su vez, el artículo 3º de la Ley de Contratos del Sector Público (R.D.L. 3/2011 de 14 de noviembre) que la recurrente cita en el siguiente motivo, incluye en el ámbito del sector público, en su apartado 1.d) las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 %, aspecto este que no ha sido discutido en ningún momento.

[...]

Con arreglo a cuanto se ha razonado, no se advierte infracción por lo resuelto en cuanto a la decisión de calificar a Eusko Irratia S.A. como parte del sector público y las consecuencias que de ello derivan entre otras, la existencia de personal sujeto al Derecho laboral cuya relación con la empleadora merezca la calificación de indefinida no fija».

acceso del art. 55 TREBEP, sino que de la lectura de la disposición adicional primera, la frase final de la misma dice: «[...] que estén definidas así en su normativa específica». Esta expresión ha sido interpretada siempre con referencia a las entidades del sector público que no forman parte de los enumerados en el art. 2 TREBEP, pero que son entes del sector público porque así se definen en su normativa específica. Y la interpretación literal del texto de la norma hace que debamos inclinarnos por lo ya concluido, pues cuando el legislador habla en femenino «estén definidas así en su normativa», se tiene que referir a las entidades y no a los principios contenidos en los artículos del TREBEP (que nos llevaría a decir «que estén definidos así en su normativa»). Por tanto, referido a las entidades la normativa de desarrollo y no a los principios, la aplicación directa de la disposición adicional primera del TREBEP en las diferentes Administraciones es lo que procedería.

No olvidemos que el legislador estatal en las leyes de presupuestos —y aplicable a todas las Administraciones y a todos sus entes instrumentales— ha dicho lo ya referido anteriormente en la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 6/2018; y, de haber pretendido lo contrario, en la misma habría distinguido entre entes de derecho público y entes de derecho privado, lo que no ocurre.

E. Auto del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2019, de inadmisión del Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 1843/2018

Si bien hemos dicho anteriormente que el Auto del TS de 22 de marzo de 2018 llevó a que la Comisión se replantea los criterios para la clasificación del personal laboral de las fundaciones y sociedades mercantiles públicas, el posterior Auto del TS de 24 de enero de 2019 suspendió ese propósito, visto el contenido de su Fundamento de Derecho Segundo.¹⁴ Este nuevo Auto supuso la confirmación de

¹⁴ «SEGUNDO. [...] De la comparación efectuada se desprende que no concurre la contradicción entre las sentencias comparadas aun cuando en ambos casos se trata de sociedades mercantiles públicas. Ahora bien, en la sentencia de contraste se trata de una sociedad pública autonómica sujeta a la Ley 16/2010 de 17 de diciembre de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, que de conformidad con el art. 110, se rige por lo dispuesto en la disposición adicional primera del EBEP, que determina el sometimiento a los principios de igualdad, capacidad y mérito para la selección del personal, lo que no sucede en la recurrida en la que no existe normativa

que el TS no tenía la doctrina del todo consolidada, pues a pesar del anterior Auto de 22 de marzo de 2018, ahora sí consideraba de aplicación a la sociedad mercantil pública la disposición adicional primera, pero, en este caso, porque había normativa específica en la Comunidad Autónoma que así lo preveía y se remitía expresamente a su aplicación. Por tanto, matizó la tesis anterior, eso sí, sin fijar doctrina y nuevamente con una resolución *obiter dictum*.

F. Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 1926/2018, de 25 julio (Recurso de Suplicación núm. 1161/2018)

Esta Sentencia merece mención porque para un caso idéntico al de la *Fundació d'Atenció i Suport a la Dependència i Promoció de l'Autonomia de les Illes Balears* (Autos del Conflicto Colectivo núm. 4/2018), pero respecto a personal laboral temporal de la Fundación Asturiana de Atención y Protección a Personas con Discapacidades y/o Dependencias, perteneciente al sector Público de la Comunidad Autónoma de Asturias, el Tribunal resolvió la controversia confirmando la clasificación del personal como indefinido no fijo en los términos desarrollados en sus Fundamentos de Derecho Primero y Segundo.¹⁵ Esta Sentencia,

específica que obligue a la contratación con arreglo a los referidos principios constitucionales, más allá de las previsiones del convenio colectivo.

Por otra parte, concurre como causa de inadmisión la falta de contenido casacional al haber resuelto la sentencia recurrida de conformidad con la doctrina de esta Sala contenida en las STS 18/9/2014 (Rec 2323/13), 20/10/2015, (Rec 172/14) y 6/7/2016 (Rec 229/15). Declaran estas sentencias que la construcción del “indefinido no fijo” no es aplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, pues no están obligadas a cumplir con los principios constitucionales del acceso a la función pública, que es a lo que se contrae el mandato del art. 103.3 CE».

¹⁵ «PRIMERO. [...] Ya de forma directa, incluyéndola en el primero de tales preceptos, ya de modo indirecta, haciéndolo en la precitada Disposición Adicional, la Entidad demandada queda sujeta a los principios constitucionales contenidos en el precepto 55 de dicha norma legal, igualdad, mérito y capacidad, que condicionan el acceso al empleo público, de ahí que las recurrentes no pueden adquirir la condición de trabajadoras fijas de aquélla al no haber superado las pruebas de ingreso derivadas de una convocatoria pública para la cobertura de las plazas que vienen ocupando.

desmarcándose de los antecedentes del Tribunal Supremo ya referenciados relativos a las mercantiles en las que se aplicó la LOFAGE y no el TREBEP, mantiene la categoría de indefinido no fijo para el personal laboral temporal que deviene en fraude de una fundación pública, sin que sea de aplicación el art. 15 ET, sino la disposición adicional primera del TREBEP y su remisión a su art. 55.

III. La Sentencia núm. 474/2020, de 18 de junio, de la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo

Por último, para concluir con las reflexiones y las posiciones con respecto a la figura analizada, debemos finalizar con esta fundamental Sentencia núm. 474/2020, de 18 de junio, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en Pleno, en Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 2811/2018, publicada en julio del año 2020, que tiene una trascendencia principal en la materia por cuanto que —como se ha desarrollado—, siendo una cuestión muy controvertida, y que afecta a todas las Administraciones Públicas del Estado español, el Tribunal Supremo se reunió en Pleno para fijar y clarificar definitivamente su doctrina al respecto.

Esta Sentencia es de una relevancia extraordinaria pues el propio Tribunal, reconociendo sus vaivenes y haciendo un análisis pormenorizado de las Sentencias dictadas en la materia en los últimos años —algunas de ellas ya analizadas en el presente comentario—, finalmente fija la doctrina correcta en la materia, concluyendo la posibilidad de la figura del indefinido no fijo en las fundaciones y sociedades mercantiles del sector público en las contrataciones temporales en fraude de ley, confirmando así las tesis que se defendían desde esta Administración.

SEGUNDO. Con respecto a la naturaleza jurídica de la demandada [...]. Es esta “dependencia”, presupuestaria y de gestión, de una Administración pública, la que hace que una entidad que forma parte del sector público autonómico quede incluida en el ámbito de aplicación del artículo 2 EBEP, y no tan sólo en su D.A. primera.

Tal criterio de “dependencia” es el que debe seguirse para deslindar las entidades comprendidas en el artículo 2 EBEP de las incluidas en la DA primera EBEP. Véase en ese sentido la sentencia del TSJ de Cataluña, Social, sección 1 del 24 de marzo de 2014 (ROJ: STSJ CAT 3524/2014 - ECLI:ES:TSJCAT:2014:3524) Sentencia: 2233/2014, Recurso: 6249/2013, Ponente: María del Pilar Martín Abella.

[...].».

En este sentido, los antecedentes de la Sentencia parten de una demanda interpuesta por dos trabajadoras de AENA, S. A., sociedad mercantil del sector público estatal, que suscribieron a lo largo del tiempo sucesivos contratos de interinidad y de obras y servicios. Consecuencia de ello, el Juzgado de lo Social núm. 17 de Barcelona dictó Sentencia el 28 de septiembre de 2017 estimando las pretensiones de las trabajadoras y declarándolas fijas de la empresa. Posteriormente la representación de AENA, S. A. interpuso recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó Sentencia el 5 de abril de 2018 (Recurso de Suplicación núm. 229/2018), que fue desestimado, confirmando la Sentencia de instancia. Interpuesto Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina contra la Sentencia referenciada, con un único motivo de infracción legal, se denunciaron, entre otras normas, la disposición adicional primera y el art. 55 TREBEP. Pues bien, como se ha adelantado, el objeto del recurso ante el Tribunal Supremo consistía 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, deben ser declarados indefinidos no fijos.

Apreciado el presupuesto de admisibilidad con respecto a la Sentencia citada por la recurrente como de contraste, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en Pleno, parte del análisis de la STC núm. 8/2015, de 22 de enero, que distingue dentro del sector público entre el denominado «sector administrativo» y el «sector público empresarial»; posteriormente realiza una exégesis del art. 55 TREBEP —que afirma que no regula el acceso a la función pública, sino al empleo público—; sigue con el ámbito del TREBEP, ex art. 2, así como el de la disposición adicional primera; posteriormente, con el análisis de la normativa reguladora del sector público estatal, haciendo mención, entre otras, de la Ley General Presupuestaria, de la disposición adicional duodécima de la LOFAGE y de los arts. 2, 113 y 117.4 LRJSP; para acabar la concreción de la naturaleza jurídica del ente público AENA, S. A.

Después de fijar este marco jurídico, en el Fundamento de Derecho Séptimo, el Tribunal Supremo parte del reconocimiento de que no ha habido una doctrina consolidada en relación con la calificación del personal de estos entes (en sus propias palabras: «No ha habido pronunciamientos uniformes de este Tribunal acerca de la controversia litigiosa»), realizando un repaso exhaustivo en la materia.

Así, se argumenta que inicialmente la doctrina jurisprudencial aplicó la condición de trabajador indefinido no fijo a Correos y Telégrafos SAE, sobre la base de que a pesar de que les fuera de aplicación la disposición adicional duodécima de la

LOFAGE, esta misma norma establecía la excepción de que se les aplicara la normativa presupuestaria y de contratación, extendiendo la interpretación de la contratación al régimen de sus trabajadores (Sentencias del TS de 22 de febrero de 2007, recurso 3353/2005; de 28 de marzo de 2007, recurso 5082/2005; de 26 de abril de 2007, recurso 229/2006, y de 6 de octubre de 2008, recurso 3064/2007).

Asimismo el Tribunal Supremo declaró que la condición de trabajador indefinido no fijo era aplicable a Televisión Española, S. A., o a Radio Nacional de España, S. A., 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 solo podía realizarse mediante las correspondientes pruebas de admisión (Sentencias del TS de 24 de julio de 2008, recurso 3964/2007; de 9 de octubre de 2008, recurso 4029/2007; de 12 de mayo de 2008, recurso 1956/2007; de 3 de noviembre de 2008, recurso 4619/2006; de 19 de enero de 2009, recurso 1066/2007, y de 3 de abril de 2009, recurso 773/2007).

Igualmente se cita la Sentencia mencionada en este trabajo, la STS de 23 de noviembre de 2016, recurso 91/2016, que calificó a Eusko Irratia S. A. como parte del sector público, con plena aplicación de la disposición adicional primera y del art. 55 TREBEP, llegando a la conclusión favorable a la acogida de la figura del personal laboral indefinido no fijo.

Sin embargo, también analiza en el Fundamento de Derecho Octavo que, en sentido contrario, la STS 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». A la misma conclusión llegó la STS de la misma fecha en recurso 2323/2013. Igualmente, se cita la STS de 20 de octubre de 2015, recurso 172/2014, en la que se reitera la distinción entre el sector público administrativo y el sector público empresarial; y dentro de este, las entidades públicas empresariales de las sociedades mercantiles, con distinto régimen para su personal en fraude de ley.

También se menciona como parte del análisis la STS de 6 de julio de 2016, recurso 229/2015 que, como hemos desarrollado, para la entidad pública TRAGSA considera que no puede ser incluida en el concepto amplio de Administración y, por tanto, su personal debe ser fijo. Igualmente, se citan Autos de inadmisión recientes, alguno de los cuales son los ya citados en el presente estudio.

Pues bien, después del repaso a todos estos antecedentes, finalmente concluye que la condición de trabajador indefinido no fija sí que es aplicable a las sociedades mercantiles en un breve pero clarificador y principal Fundamento de Derecho Noveno, que merece la pena su transcripción:

«NOVENO. 1. Una posterior reflexión nos ha llevado a concluir con carácter general que la condición de trabajador indefinido no fija 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 fija 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

La figura del indefinido no fijo en el personal laboral...

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».

Por tanto, en conclusión, podemos afirmar que definitivamente el Tribunal Supremo en Pleno ha fijado claramente la doctrina en la materia. Así, ha señalado que la contratación temporal de larga duración, que derivaría en contrataciones indefinidas o fijas de acuerdo con el derecho laboral, debe conllevar para el personal de las fundaciones y sociedades mercantiles del sector público la calificación de indefinido no fijo. Y ello en aplicación de los principios de acceso al empleo público y en aplicación de la disposición adicional primera del TREBEP con su remisión a su art. 55, como ya se venía reconociendo para el de las Administraciones Públicas y sus organismos de naturaleza pública.

El paso del tiempo nos dirá si esta doctrina, correcta a día de hoy, es la que se consolida, pues la Sentencia citada contempla la formulación de un voto particular del Magistrado Sr. Sempere Navarro, que mantiene como tesis correcta la de la STS de 6 de julio de 2016, considerando que la construcción de la figura del indefinido no fijo es inaplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, por su eminente personificación privada.

En definitiva, y aunque parezca que la controversia ya se haya resuelto, habrá que estar alerta en el futuro, pues se trata de una materia que pone en confrontación los principios y pilares del derecho laboral y los derechos de los trabajadores frente a los principios propios del sector público y el acceso al empleo en el mismo, cuyos límites son muy finos en especial con respecto a entidades públicas con personificación privada.