

**El trabajador indefinido no fijo en sociedades mercantiles de capital público:
análisis de la evolución de la jurisprudencia desde posturas contradictorias hasta
su definitivo reconocimiento**

Elena Gallardo Pernas y Leonor Santiago Lara

Letradas de la Comunidad de Madrid

Resumen:

Es objeto del presente artículo el estudio, desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial, de la figura del trabajador indefinido no fijo o indefinido en sociedades mercantiles de capital público; en concreto, se analizará la viabilidad jurídica de la conversión en trabajador indefinido fijo de plantilla de aquellos trabajadores cuyo contrato de trabajo se ha realizado en fraude de ley y si deben o no aplicarse en este ámbito los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Abstract:

The purpose of this article is the study from a doctrinal and case law point of view of the figure of the non-fixed indefinite worker or indefinite worker in commercial companies of public capital, specifically the legal viability of the conversion into a fixed indefinite worker of those workers whose employment contract has been made in fraud of law and whether or not the constitutional principles of equality, merit and capacity should be applied in this area.

Palabras clave: trabajador indefinido no fijo, sociedades mercantiles de capital público, principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Key words: non-fixed indefinite worker, commercial companies of public capital, constitutional principles of equality, merit and capacity.

Sumario:

1. Planteamiento. 2. Pronunciamientos divergentes del Tribunal Supremo. 3. El impulso hacia la solución definitiva por parte de los Tribunales Superiores de Justicia: la obviada disposición adicional primera del Estatuto Básico del Empleado Público. 4. El Tribunal Supremo zanja la cuestión. 5. Argumentos a mayores sobre sociedades mercantiles de capital público de la Comunidad de Madrid. 6. Conclusiones.

1. Planteamiento.

En Derecho del Trabajo se distingue entre trabajador indefinido y temporal, por razón de la duración pactada del contrato de trabajo. Como existe preferencia por la contratación indefinida, debe darse una causa legítima para la contratación temporal, de manera que las irregularidades en esta pueden dar lugar a que se convierta en indefinida, al margen de la voluntad de la empresa. Esta preferencia ha sido reforzada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, que, entre otros extremos, ha dado nueva redacción, prevista para entrar en vigor el 30 de marzo de 2022, al artículo 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 - en adelante ET-. Transcribimos la nueva redacción de los apartados 1 y 4 del meritado artículo 15 del ET:

1. El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido.

El contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora.

Para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista.

(...)

4. Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas.

También adquirirán la condición de fijas las personas trabajadoras temporales que no hubieran sido dadas de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba.

¿De qué irregularidades en la contratación temporal hablamos? Básicamente, de las que afectan a la (falta de) causa de la contratación temporal, a su uso fraudulento porque las necesidades a cubrir con la contratación temporal se revelan ser de tipo permanente, a la superación de los límites de concatenación de contratos temporales del ET, a la cesión ilegal de trabajadores y a la contratación de falsos autónomos.

El trabajador *indefinido no fijo* es un trabajador inicialmente temporal que ha adquirido la condición de indefinido como consecuencia de una reclamación judicial exitosa. Es el pronunciamiento de un tribunal del orden social el que hace que una relación laboral pactada como temporal se transforme en indefinida. Pero esta conversión del contrato temporal en contrato indefinido choca, para el caso de que la parte contratante sea una entidad pública, con los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a cargos y funciones públicas de los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución (en adelante CE), ya que produciría el efecto de que se incorporase de manera definitiva en la plantilla de la entidad pública un trabajador que no ha sido seleccionado mediante un procedimiento regido por tales principios. Por ello, apareció en 1996 la doctrina jurisprudencial del trabajador “indefinido” - por oposición a “temporal” - pero “no fijo” en plantilla. Al respecto, cabe citar las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1996 (Rec. 3307/1995), 10 de diciembre de 1996 (Rec. 1989/1995) y 30 de diciembre de 1996 (Rec. 637/1996), entre muchas otras.

Esta doctrina se forma a partir de la idea de que, junto a la protección al trabajador mediante la indefinición declarada por sentencia, se debe proteger asimismo el interés público mediante la exclusión de la fijeza en plantilla.

En palabras de la Sentencia de 7 de octubre de 1.996: "*la contratación laboral 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 consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato por tiempo indefinido". De esta manera, el trabajador temporal contratado irregularmente por una entidad del sector público pasa a ser trabajador contratado por tiempo indefinido con derecho a ocupar la plaza hasta que esta se cubra por el procedimiento previsto o se amortice. Por eso se dice que *no es fijo en plantilla*.*

El artículo 103.3 de la CE¹ se refiere al “acceso a la función pública”, pero, en este punto, el Tribunal Supremo ha considerado el concepto de “empleo público” más amplio que el de “función pública”, que abarca al personal laboral (no funcionario). Ello obedece claramente a que estas sentencias se dictaron durante la vigencia de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, cuyo artículo 19.1 dispone: “Las Administraciones Públicas seleccionan su personal, ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad” (subrayado propio). Esta regla se ha incorporado, posteriormente, a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 55) - actualmente, 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 - (EBEP).

Si bien la aplicación de esta doctrina a la Administración Pública y a entes sujetos a un régimen de Derecho público no ofrecía mayores dudas, en cambio, se discutía su extensión a sujetos regidos en general por el Derecho privado, como las sociedades de capital público con forma mercantil. La respuesta jurisprudencial a esta cuestión constituye el objeto de nuestro análisis.

2. Pronunciamientos divergentes del Tribunal Supremo.

¹ “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

Hasta que la cuestión quedó finalmente resuelta a partir de tres sentencias consecutivas dictadas el 18 de junio de 2020 (numeradas 472, 473 y 474, respectivamente) por la Sala Social del Tribunal Supremo, esta había dictado pronunciamientos divergentes. No mucho tiempo antes de estas sentencias de junio de 2020 se inadmitieron recursos de casación para unificación de doctrina por entenderse que la cuestión ya estaba decidida por la jurisprudencia en sentido contrario a la aceptación de la indefinición sin fijeza en sociedades mercantiles de capital público², como se reconoce en la Sentencia nº 472/2020 (fundamento octavo), pero el Alto Tribunal reflexionó al respecto y cambió de parecer, en la manera que vamos a ver. A este resultado se llegó tras una evolución cuyos principales hitos exponemos a continuación.

Empezando por las sentencias favorables a la figura del indefinido no fijo en sociedades mercantiles de capital público, nos parece de interés citar dos que resolvían casos a los que, por razones temporales, no era de aplicación el EBEP de 2007. La primera era la Sentencia de 21 de mayo de 2008, Recurso 4607/2006, para la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A.; se apoyaba en la disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, la LOFAGE), que había previsto que estas sociedades se regirían por Derecho privado (lo que suponía aplicación a su personal del Derecho laboral y no del Derecho administrativo), pero que, para ciertas materias, ordenaba aplicar la regulación propia de entidades públicas, materias entre las que estaba la “contratación”, que la Sala Cuarta expresamente consideró que incluía la contratación del personal laboral³.

² Así, el Auto de 24 de enero de 2019 (Rec. 1843/2018) inadmitía la casación de Canal de Isabel II Gestión S.A., porque consideraba que no había interés casacional al haber resuelto la sentencia recurrida de conformidad con la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2014 (Rec. 2323/13), 20 de octubre de 2015, (Rec. 172/14) y 6 de julio de 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 artículo 103.3 de la CE.

³ Transcribimos el apartado 1 de la citada disposición adicional duodécima de la LOFAGE: “*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.*”

La segunda sentencia de interés es la de 12 de mayo de 2008, Recurso 1956/2007, dedicada a Radio Nacional de España S.A.; esta resolución se basaba en la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión, que había previsto que las relaciones laborales de Radio Nacional de España se regirían por la legislación laboral, pero, en su artículo 35.4, especificaba que el ingreso en situación de fijo solo podrá realizarse mediante las correspondientes pruebas de admisión; también se apoyaba en la ya aludida disposición adicional duodécima de la LOFAGE.

A continuación, destacamos otras sentencias que ya se dictaron estando en vigor el EBEP. En primer lugar, tenemos la de 14 de mayo de 2009, Recurso 1206/2008, que, para un caso de cesión ilegal de trabajadores relativa a Televisión Galicia S.A., da por sentado que una sociedad mercantil de capital público debe aplicar los principios de acceso al empleo por mérito y capacidad, y lo hace sin detenerse a examinar si la norma de creación, en su caso, lo había previsto o si ello se había pactado en convenio colectivo.

De esta manera, el Alto Tribunal asume implícitamente que la aplicación de los principios constitucionales citados al acceso a las plantillas de las sociedades mercantiles de capital público obedece a una norma de Derecho objetivo. Lamentablemente, la Sala Cuarta no llega a expresar de qué norma se trata: si lo hubiera hecho, la discusión habría cesado mucho antes. La norma a que aludimos es la disposición adicional primera del EBEP de 2007 en relación con el artículo 55 del mismo (actualmente, con el mismo contenido, la disposición adicional primera del texto refundido de 2015, en relación con su artículo 55).

Efectivamente, aunque el artículo 2 del EBEP⁴ deja fuera de su ámbito de aplicación a sociedades mercantiles de capital público, sin embargo, su disposición adicional primera ordena aplicar los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 y que estén definidas así en su normativa específica. Entre estas entidades del sector público que no están en el artículo 2 del EBEP tienen que encontrarse las

⁴ El artículo 2.1 EBEP se refiere a las Administraciones territoriales, organismos y entidades públicas y universidades públicas.

sociedades con forma mercantil, pero de capital público, a las que normas como la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (artículo 2.2.c), y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (artículo 2.2.b), definen como integrantes del sector público (institucional), sin perjuicio de lo que se establezca en las normas relativas al sector público autonómico y local. Los principios del artículo 55 del EBEP incluyen la igualdad, el mérito y la capacidad, por lo que existe la misma razón para aplicar la figura del trabajador indefinido no fijo en las sociedades de capital público que en las Administraciones públicas y otras entidades de derecho público.

En cuanto a los pronunciamientos del Tribunal Supremo contrarios a la adecuación de la figura del indefinido no fijo en sociedades mercantiles de capital público, ha sido frecuente la cita de las (dos) Sentencias de 18 de septiembre de 2014, relativas a AENA, S.A., y de 6 de julio de 2016, acerca del personal de TRAGSA.

El 18 de septiembre de 2014 el Tribunal Supremo dictó dos sentencias dedicadas a personal de AENA Aeropuertos S.A. (actualmente, AENA, S.A.) que se había subrogado en esta sociedad proveniente de AENA, Entidad Pública Empresarial⁵: resolvían los Recursos 2320/2013 y 2323/2013, respectivamente. La del Recurso 2320/2013 decía: *“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.”*

La Sentencia de la misma fecha, Recurso 2323/2013, decía: *“la figura del trabajador "indefinido no fijo" ... no es aplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, [ya] que no están obligadas a cumplir con esos principios*

⁵ Por Ley 9/2010, de 14 de abril, se inició un importante proceso de reforma estructural en el ámbito de la navegación aérea que condujo a una clara separación entre los gestores aeroportuarios y los proveedores de servicios de navegación aérea. Como consecuencia de ello, y para asumir la gestión y explotación de los servicios aeroportuarios, por Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, se autorizó la creación de una empresa pública denominada Aena Aeropuertos, S.A., participada mayoritariamente por la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (Aena), creada por el artículo 82 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, y que posteriormente cambió su denominación por la de Aena, S.A., en virtud del artículo 18 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio. Paralelamente, la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (Aena) pasó a ejercer exclusivamente las funciones de gestión de la navegación y el espacio aéreo, cambiando asimismo su denominación –que no su naturaleza jurídica– por la de ENAIRE *ex* el artículo 18 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio.

constitucionales del acceso "a la función pública", que es a lo que se contrae el mandato del art. 103.3 CE. En el momento de producirse los despidos de los actores está ya en vigor el Estatuto Básico del Empleado Público que, naturalmente, recoge esos principios, pero cuyo art. 2, al establecer su ámbito de aplicación, no incluye a las sociedades mercantiles con forma de sociedad anónima, aunque sean de capital público, como es el caso de AENA AEROPUERTOS S.A. Y, por otra parte, la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto ley 13/2010, de creación de AENA AEROPUERTOS S.A., que regula la subrogación en los contratos del personal perteneciente a la antigua AENA, no contiene previsión alguna en el sentido de que los trabajadores deben ser considerados indefinidos no fijos". Véase, en la nota a pie número 2, que esta sentencia fue citada en el Auto de 24 de enero de 2019, de inadmisión del recurso de casación.

Otra sentencia en el mismo sentido citada a menudo (en el *supra* referido auto de inadmisión, por ejemplo) es la de 6 de julio de 2016, sobre personal de TRAGSA: *"Tanto el art. 23.2 como el 103.3 de la Constitución se refieren al acceso a la función pública, inaplicables aquí pues se trata de trabajadores que mantienen una relación laboral común con una entidad empresarial con forma societaria. La Constitución solo contempla el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad con respecto a las funciones y cargos públicos. Solo el acceso a las funciones públicas debe regirse igualmente por los principios constitucionales en cuestión."* Se añadía que la "contratación" que ha de sujetarse a normas propias del sector público, según la disposición adicional duodécima de la LOFAGE, no es la de personal asalariado, sino la de obras o servicios.

3. El impulso hacia la solución definitiva de los Tribunales Superiores de Justicia: la obviada disposición adicional primera del EBEP.

Antes de la resolución definitiva de la cuestión por el Tribunal Supremo en junio de 2020, los Tribunales Superiores de Justicia empezaron a revisar su propia doctrina y a separarse expresamente de las sentencias de aquel contrarias a la aplicación de la indefinición sin fijeza en sociedades mercantiles públicas, singularmente las de 18 de septiembre de 2014 y de 6 de julio de 2016, a las que acabamos de referirnos. Analizaremos las resoluciones que aportan argumentos de mayor interés a nuestro juicio.

Así, empezamos por la Sentencia de 10 de diciembre de 2018 (Rec. 689/2018) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que indicó que la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2016, sobre TRAGSA, a la que acabamos de aludir, contraria a la aplicación de la figura del indefinido no fijo a sociedades mercantiles estatales, no había tomado en consideración la disposición adicional primera del EBEP. El Tribunal de Madrid se apoya en otras normas - especialmente de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público -, que indican que las entidades privadas de capital público son *parte del sector público* y que, aunque se rijan en general por el Derecho privado, están sujetas en diversos aspectos a normas de Derecho público, y entre estas, las del acceso al empleo mediante un procedimiento que garantice los principios de mérito y capacidad. La sentencia destaca, además, que la diferente redacción del 117.4 de la Ley 40/2015 respecto de la disposición adicional duodécima de la (derogada) LOFAGE deja claro que estas sociedades, no obstante su forma mercantil y su régimen predominantemente privado, están sujetas a normas de Derecho público en cuanto a su personal.⁶

Concluye la meritada sentencia: *“Es forzoso convenir con lo que se manifiesta en el escrito de impugnación, en el sentido de que en las citadas sentencias del Tribunal Supremo [se refiere a las SSTs 18-9-2014 y 6-7-2016] no se ha tenido en cuenta la disposición adicional 1ª del EBEP, de cuyo contenido en relación con el art. 55, resulta sin duda que los principios de acceso al empleo público - igualdad, mérito, capacidad, publicidad, requisitos de las convocatorias - son de aplicación, no solo al personal de las Administraciones Públicas, sino también a las entidades que, rigiéndose en general por el derecho privado, pertenecen al sector público, como las sociedades mercantiles u otras entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas. Tal es el caso de AENA S.A.”* (subrayado propio).

⁶ Artículo 117.4 de la Ley 40/2015: *“El personal de las sociedades mercantiles estatales, incluido el que tenga condición de directivo, se regirá por el Derecho laboral, así como por las normas que le sean de aplicación en función de su adscripción al sector público estatal, incluyendo siempre entre las mismas la normativa presupuestaria, especialmente lo que se establezca en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado”* (subrayado propio).

Es de interés la justificación que se añade en la misma sentencia: “*Está sin duda justificado que así sea, pues de otro modo se abriría una ingente posibilidad de contratación discrecional de personal, con todos los riesgos que ello conlleva, en sociedades que por mucho que actúen sujetas al derecho privado y ello no en todos los ámbitos, están participadas total o mayoritariamente por la Administración, es decir, que han sido constituidas con recursos públicos. Por ello el EBEP, pese a la inicial exclusión de su ámbito de aplicación en el art. 2, sí incluye a todo el sector público a efectos de la aplicación de determinadas normas, como son las relativas a código de conducta, principios éticos, principios de conducta, principios rectores del acceso al empleo público y personas con discapacidad (respectivamente, arts. 52, 53, 54, 55 y 59 del EBEP).*”⁷

También cabe citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 26 de junio de 2018, Recurso 1044/2017, que rectifica su criterio anterior y llama la atención sobre la disposición adicional primera del EBEP: “*Sin embargo, esta Sala, aunque ha aplicado el citado criterio jurisprudencial en casos anteriores, debe ahora apartarse del mismo, ya que la recurrente plantea un argumento jurídico nuevo, no suscitado en las sentencias del Alto Tribunal de 18 de septiembre de 2014 ni en pleitos anteriores ante esta misma Sala. (...) El argumento nuevo es la aplicación de la Disposición Adicional 1ª del Estatuto Básico del Empleado Público en relación con el artículo 55 de ese mismo estatuto. Teniendo en cuenta que esas normas están vigentes desde 2007, sorprende bastante que la demandada haya tardado tanto en invocarlas, y en particular que no lo hiciera en los recursos de casación que dieron lugar a las sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2014, circunstancia que sin duda impidió al Alto Tribunal examinar si tales normas legales impedían reconocer la condición de “fijo” a un trabajador en una empresa integrada en el sector público, por concurrencia de fraude de ley en la contratación temporal, cesión ilegal, u otra forma de acceso al empleo en tal mercantil ajena a los principios constitucionales de acceso al empleo público” (subrayado propio).*

⁷ Posteriores sentencias del mismo Tribunal Superior de Madrid han seguido esta línea, como la de 24 de julio y la de 19 de diciembre de 2019; la de 11 de noviembre de 2019, dedicada a personal de Canal de Isabel II S.A., expresamente señala que la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2016 (TRAGSA) había sido superada por la Sentencia del mismo Tribunal de 23 de noviembre de 2016 (Rec. 91/2016).

Sobre AENA S.A., y en el mismo sentido, se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia de 23 de enero de 2019 y reitera en la de 11 de julio de 2019. También sigue ese criterio para la Corporación catalana de medios audiovisuales S.A. en la Sentencia de 11 de junio de 2020.

4. El Tribunal Supremo zanja la cuestión.

La cuestión ha quedado resuelta a partir de tres sentencias consecutivas de la misma fecha, el 18 de junio de 2020, numeradas 472, 473 y 474, cuyos respectivos ponentes fueron los Excmos. Sres. Molins García-Atance, Ureste García y Bodas Martín. Las tres examinan casos relativos a personal de AENA S.A., y vienen a pronunciarse en prácticamente los mismos términos.

Estas sentencias toman en consideración la pertenencia de las sociedades mercantiles de capital público al sector público institucional (artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), la sujeción de tales sociedades a un régimen de Derecho privado salvo en determinadas materias en que se ha dispuesto la aplicación de la normas y principios de Derecho administrativo (la disposición adicional duodécima de la derogada LOFAGE, los artículos 113 y 117.4 de la Ley 40/2015, el artículo 167.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas) y, en especial, la disposición adicional primera del EBEP y su remisión al artículo 55 del mismo. Como argumento “a mayores” se añade que el convenio colectivo para todas las sociedades del grupo AENA impone que el ingreso en cualquiera de ellas debe respetar los indicados principios.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2020 han sido seguidas de otras que reiteran su doctrina, como las de 2 de julio (579/2020), 10 y 17 de septiembre de 2020, todas referidas a AENA.

Ofrece especial interés la cita y análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo 694/2021, de 30 de junio de 2021, dictada en el ámbito de una sociedad mercantil perteneciente al sector público de la Comunidad de Madrid, como es Canal de Isabel II,

S.A. Se trata de la primera sentencia del Tribunal Supremo dictada en este ámbito para Canal de Isabel II, S.A, siendo su ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Sempere Navarro. Esta sentencia sigue, por razones de seguridad jurídica, la línea argumental de las anteriores mencionadas en este artículo (las tres de 18 de junio de 2020 y la 579/2020, de 2 de julio) y de otras posteriores que se han ido pronunciando en el mismo sentido.

Creemos que reviste especial importancia la respuesta del Alto Tribunal al argumento esgrimido en la impugnación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Comunidad de Madrid, que interpretaba el tenor de la disposición adicional primera del EBEP en el sentido de que se habrían de aplicar las exigencias de acceso al empleo público en régimen de igualdad, mérito y capacidad *sólo cuando la regulación específica de cada entidad así lo disponga*.

En este sentido, son esclarecedores los párrafos segundo y tercero del fundamento de derecho cuarto de la sentencia analizada:

“El precepto legal [se refiere a la disposición adicional primera del EBEP] prescribe que «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». Claramente se percibe que las exigencias que deben primar (igualdad, mérito, capacidad) aparecen identificadas como “principios”, es decir, con un sustantivo de género masculino y número plural. Sin embargo, los sujetos empleadores a quienes se extienden esas reglas aparecen como “entidades”, es decir, nominadas con un sustantivo femenino y plural. Por lo tanto, la oración con sujeto omitido (“que estén definidas así en su normativa específica”) solo puede referirse a las entidades y no a los principios.

En suma: la DA Primera EBEP se aplica a toda entidad perteneciente al sector público que esté definida como tal en su normativa específica. No solo eso, sino que pugnaría con esta Disposición el que la invocada “normativa específica” se apartara de los “principios” de referencia.” (destacados propios).

Para el Alto Tribunal, la expresión “que estén definidas así en su normativa específica” contenida en la disposición adicional primera del EBEP no se refiere a que la

normativa específica de una sociedad mercantil de capital público deba indicar expresamente si su personal ha de acceder a su plantilla de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, sino que lo que ordena dicho precepto es que la normativa aplicable al sujeto empleador lo debe definir como integrante del sector público (sea estatal, autonómico o local). Una vez así definido, su normativa específica (como su norma de creación o su convenio colectivo) *debe* dar cumplimiento a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo. En otras palabras, no será facultativo o discrecional para el sujeto empleador con forma de sociedad mercantil y capital público someter el acceso a su plantilla a pruebas selectivas que garanticen los principios de igualdad, mérito y capacidad, sino forzoso.

¿Es esta una conclusión un tanto forzada a partir de unas pocas líneas de la sentencia? ¿No se trataría, más bien, de una afirmación “*obiter dicta*”, de la que no cabe extraer mayor trascendencia? Reconociendo que la misma sentencia no desarrolla más esta cuestión, no nos parece una simple afirmación de paso, ligera y sin consecuencias, pues se emite en el contexto de la refutación, por la Sala, de un argumento expreso del impugnante del recurso, y sirve para rechazar precisamente ese argumento.

Después de esta Sentencia de 30 de junio de 2021, el Tribunal Supremo ha dictado otras en el mismo sentido, relativas a personal de Canal de Isabel II, S.A.: la 719/2021, de 5 de julio – Recurso 1492/2020-; la Sentencia 720/2021, de 5 de julio –Recurso 1512/2020-; la Sentencia 901/2021, de 15 de septiembre –Recurso 4841/2019-; la Sentencia 902/2021, de 15 de septiembre –Recurso 1055/2020-; la Sentencia 903/2021, de 15 de septiembre –Recurso 1825/2020-; la Sentencia 905/2021, de 16 de septiembre de 2021- Recurso 1635/2020-; la Sentencia 906/2021, de 16 de septiembre, -Recurso 2546/2020-; la Sentencia 908/2021, de 20 de septiembre –Recurso 1326/2020; la Sentencia 972/2021, de 5 de octubre – Recurso 2805/2020-; la Sentencia 1026/2021, de 19 de octubre – Recurso 1511/2021-; la Sentencia 1196/2021, de 1 de diciembre – Recurso 192/2020-, y la Sentencia 1200/2021, de 1 de diciembre – Recurso 2304/2020-; en las cuales, por razones de seguridad jurídica, se aplica de nuevo la doctrina de las Sentencias del Pleno 472/2020, 473/2020 y 474/2020, todas ellas de 18 de junio de 2020, así como la 579/2020, de 2 de julio de 2020.

En las mismas, una vez más, se introducen las siguientes afirmaciones, que resumiremos muy brevemente, pues han quedado expuestas más arriba:

1. El contrato de trabajo indefinido no fijo no se aplica exclusivamente a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público, sino que también resulta de aplicación a todas aquellas entidades del sector público, en las que el acceso al empleo se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad por haber sido definidas como tales entidades en su normativa específica (artículo 55 y disposición adicional primera del EBEP). El Alto Tribunal, sobre la base de lo expuesto en el artículo 18.1 f) de la Ley 3/2007, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, señala que el alcance de la expresión “entidades del Sector Público” es más amplio que el de “entidades de derecho público”, incluyendo dentro del concepto de entidades del sector público a las empresas públicas, como sucede, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, con Canal de Isabel II, S.A.
2. El artículo 2 del EBEP, apartado d), extiende el ámbito de aplicación de dicho estatuto a las “*entidades de derecho público*”; sin embargo, la disposición adicional primera del mismo texto legal amplía el ámbito de aplicación del mismo a las entidades del sector público estatal, autonómico y local no mencionadas en el artículo 2 y que estén definidas así (como tales entidades integrantes del respectivo sector público) en su normativa específica. Por lo tanto, aun cuando el EBEP no es aplicable en general a las entidades del sector público no incluidas en su artículo 2, a tales entidades sí les son aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo, cuando la normativa específica, que les sea aplicable, las encuadre en el sector público.
3. La finalidad de esta relación laboral - indefinición sin fijeza - es salvaguardar los principios que deben cumplirse en el acceso al *empleo público*, entendiendo este en un sentido más amplio que el concepto de *función pública*, pues el hecho de que el artículo 103 de nuestra Constitución se refiera en exclusiva al acceso a la función pública cuando habla de los principios de mérito y capacidad, no significa que una norma con rango de ley (como es el EBEP) no pueda exigir el respeto de estos principios para el acceso al empleo

público, pues de lo contrario se estaría vulnerando el principio de igualdad en el acceso al mismo.

Por último, cabe señalar que, además de a AENA y a Canal de Isabel II, S.A., el Tribunal Supremo ha aplicado esta doctrina a la Empresa Pública de Servicios Agrarios Gallegos, S.A. en la Sentencia 448/2021, de 20 abril (RCUD. 618/2020); a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. en la Sentencia 463/2021, de 29 abril (RCUD. 2386/2018); a la Corporación de Radio y Televisión Española, S.A. en la Sentencia 552/2021, de 18 mayo (RCUD. 3135/2019).

5. Argumentos a mayores sobre sociedades mercantiles de capital público de la Comunidad de Madrid.

Antes de terminar, nos parece relevante exponer de forma escueta la normativa autonómica madrileña que refuerza la aplicación de los principios constitucionales de acceso al empleo público.

Empezamos con la Ley 1/1984, de 19 de enero, de Administración Institucional de la Comunidad de Madrid, que integra las sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público en su ámbito, pues su artículo 2 dice que están incluidas en dicha Administración Institucional las empresas públicas y que estas comprenden tanto entidades de Derecho público como sociedades anónimas de capital mayoritariamente público.

En lo que respecta al acceso al empleo, el artículo 93.1 de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid, declara aplicables a las empresas públicas de la Comunidad de Madrid las normas generales contenidas en dicha ley: *“El personal de las Empresas públicas de la Comunidad tendrá naturaleza laboral y se regirá por los Convenios Colectivos que les sean de aplicación, por la presente Ley, por la Ley de Administración Institucional, por la propia fundacional y por las normas de Derecho Laboral”*. Y, entre tales normas, se encuentran las relativas a la provisión de puestos de trabajo, señalando el artículo 22.1: *“La selección del personal laboral permanente se realizará por convocatoria pública y mediante el sistema de oposición y concurso-*

oposición, salvo cuando por la naturaleza de las funciones a desempeñar, o el número de aspirantes u otras circunstancias, resulte más adecuado el de concurso”.

Para Canal de Isabel II S.A., específicamente, cabe citar el artículo 7 de la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid, que señala que aquella es una empresa pública que integra la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid y se configura como una entidad de derecho público, y también el artículo 16. Tres, de la Ley 3/2008, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, que, tras la modificación operada por la Ley 8/2018, de 26 de diciembre, dispone que dicha sociedad *“tendrá un capital exclusivamente público”*, en el que la participación de la Comunidad de Madrid no podrá ser inferior, en ningún caso, al 51 por 100 del capital social y el resto pertenecerá a las entidades locales de su ámbito territorial incorporadas o que se incorporen al nuevo modelo de gestión del ciclo integral del agua.

Además, las sucesivas versiones de los convenios colectivos aplicables al ente público Canal de Isabel II, primero, y a la sociedad Canal de Isabel II Gestión, S.A. – actual Canal de Isabel II, S.A.-, con posterioridad, siempre han establecido con claridad que el acceso a sus plantillas debe quedar sometido a los principios rectores regulados en los artículos 55 y siguientes del EBEP. En particular, mención especial merece el actual artículo 39 del vigente Convenio Colectivo aplicable, de 2 de diciembre de 2016⁸, cuyo tenor literal reza lo siguiente: *“1. Canal de Isabel II, como sociedad mercantil integrada en el sector público y, de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la Constitución, en la disposición adicional primera del Estatuto Básico del Empleado Público y en su artículo 55, cumplirá en la provisión de los puestos de trabajo vacantes los principios de igualdad, mérito y capacidad. Asimismo, se tendrán en cuenta el resto de principios establecidos en el artículo 55.2 del citado Estatuto Básico.”*

Por fin, no podemos olvidar que estos principios en la selección de candidatos para los puestos ofertados por las sociedades mercantiles autonómicas han sido regulados

⁸ BOE nº 26, de 31 de enero de 2017. Dicho convenio entró en vigor en enero de 2017, encontrándose prorrogado desde enero de 2020, si bien en la actualidad está siendo objeto de negociación colectiva el preacuerdo de II Convenio Colectivo de la empresa pública.

y desarrollados en profundidad por distintos órdenes de la Consejería competente en materia de hacienda, como son:

- La Orden de 16 de enero de 2012, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se establecen los requisitos y el procedimiento para la elaboración y modificación de plantillas del personal de las empresas y entes públicos de la Comunidad de Madrid.

- La Orden de 16 de junio de 2014, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se establecen los requisitos y el procedimiento para la contratación de nuevo personal, con carácter indefinido, en el ámbito de las empresas, entes, fundaciones y consorcios del sector público de la Comunidad de Madrid (arts. 2 y 3).

- La Orden de 22 de marzo de 2016, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, por la que se establecen criterios para la contratación de nuevo personal con carácter indefinido en el marco de las limitaciones derivadas de la tasa de reposición de efectivos recogida en la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2016 para las empresas públicas, fundaciones y consorcios del sector público de la Comunidad de Madrid (arts. 2, 6 y 7).

6. Conclusiones.

La solución clara a la cuestión analizada hubiera podido alcanzarse mucho antes si la jurisprudencia no hubiera incurrido en los vaivenes que hemos resumido. Es digno de encomio el impulso dado por diversos Tribunales Superiores de Justicia, que han abierto el camino para despejar dudas rectificando el sentido de resoluciones anteriores tras analizar nuevos argumentos.

El claro reconocimiento de que el legislador tiene legítimas facultades para extender los principios constitucionales de la selección de funcionarios a la contratación de personal en general, incluido el personal laboral, merece nuestro aplauso.

Como también nos congratulamos de que los tribunales del orden social analicen y apliquen las normas de Derecho público a entes públicos y sociedades de capital público

como sujetos empleadores y den a dichas normas el peso que les corresponde, pues la experiencia nos ha mostrado que, con frecuencia, hay cierta resistencia a aplicar normas de Derecho administrativo y presupuestario en relaciones laborales.

Por último, nos parece destacable la postura del Tribunal Supremo, manifestada en su Sentencia de 30 de junio de 2021, sobre la indisponibilidad de los principios constitucionales de acceso al empleo público para las sociedades mercantiles integradas en el sector público, a la vista del alcance general de la disposición adicional primera del EBEP.