

## **El TS declara que la condición de trabajador indefinido no fijo es aplicable a las sociedades mercantiles estatales**

**Se suscita ante la Sala, entre otras cuestiones, si el contrato del personal al servicio de AENA se transforma en fijo o en indefinido no fijo cuando se aprecia que concurre fraude en la contratación temporal o anomalías en su desarrollo.**

Declara que sobre la base de que AENA es una sociedad mercantil estatal la sentencia recurrida reconoce a las demandantes la condición de fijas, postulándose en el recurso la traslación de la categoría de personal indefinido no fijo. Señala la Sala que no ha habido pronunciamientos uniformes del Tribunal acerca de la controversia litigiosa, por lo que procede a armonizar la doctrina. Así, declara que con carácter general la condición de trabajador indefinido no fijo es aplicable a las sociedades mercantiles estatales. El contrato de trabajo indefinido no fijo no se aplica exclusivamente a las Administraciones públicas ni a las entidades de derecho público, sino que también opera en las entidades del sector público estatal en las que el acceso se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, de conformidad con lo dispuesto en la DA 1.ª en relación con el art. 55.1 del EBEP. En consecuencia, se revoca la sentencia recurrida, reconociendo a las trabajadoras demandantes la condición de indefinidas no fijas.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Social**

**Sentencia 16/2023, de 11 de enero de 2023**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 907/2019

Ponente Excmo. Sr. ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

En Madrid, a 11 de enero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la sociedad mercantil estatal AENA, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Martín Martín, contra la sentencia n.º 2098/2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), de 12 de diciembre, en el recurso de suplicación n.º 1172/2018, interpuesto frente a la sentencia n.º 34/2018 de 7 de febrero y el auto de aclaración de 12 de febrero, dictados por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Málaga, en los autos n.º 273/2015, seguidos a instancia de D.ª Asunción y D.ª Belen contra V2 Complementos Auxiliares, S.A., AENA, S.A., Gestió I Servéis Trade Center, S.A., Ilunión Outsourcing, S.A., Control y Servicios Profesionales, S.A., Urbaser, S.A. y Clece, S.A., sobre despido.

Han comparecido en concepto de recurridas D.ª Asunción y D.ª Belen, representadas y defendidas por el Letrado Sr. Sánchez Martínez, Gestió I Servéis Trade Center, S.A., representada y defendida por la Letrada Sra. Ortíz Martín, Ilunión Outsourcing, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Silva de los Reyes.

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

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 7 de febrero de 2018, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Málaga, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que debemos desestimar la excepción de falta de

legitimación pasiva de "CLECE S.A."; y desestimar la demanda interpuesta por D.ª Asunción y D.ª Belen, contra "V2 COMPLEMENTOS AUXILIARES S.A.", "AENA S.A.", "GESTIÓ I SERVÉIS TRADE CENTER S.A.", "ILUNIÓN OUTSOURCING S.A.", "CONTROL Y SERVICIOS PROFESIONALES S.A", "URBASER S.A." Y "CLECE S.A", y absolver a estas empresas de las pretensiones deducidas contra las mismas".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado de lo Social, con la revisión aceptada por la sentencia de suplicación respecto del HP 9.º. El resultado de ello es el siguiente:

"1º.- Las actoras prestan servicios con la categoría profesional de administrativas:

- Belen: antigüedad, 25.2.93. y salario de 2.592,40 euros, incluida prorrata de pagas extraordinarias.

- Asunción: antigüedad, 1.2.93. y salario de 2.430,68 euros, incluida p.p. extras

2º.- Las actoras trabajan para "Gestió i Serveis Trade Center S.A."

3º.- Las actoras (que forman parte de las denominadas "chaquetas verdes") actúan como azafatas del servicio de información y atención al público, sala VIP y salas de autoridades.

4º.- El 8.5.15., V2 Complementos Auxiliares S.A. procedió a la modificación de su denominación social que pasó a ser Ilunión Outsourcing S.A. El 13.5.15. Ilunión Facility Services S.L.U. adquirió la totalidad de las acciones de Ilunión Outsourcing S.A.

5º.- El contrato para prestación del servicio suscrito entre AENA y V2 Complementos Auxiliares S.A., expediente NUM000 Servicio de Información y Atención al Público, Salas Vips y Salas de Autoridades en el Aeropuerto de Málaga fue suscrito el 9.8.10. Este contrato fue prorrogado el 7.8.12., 27.2.13., 4.2.15. Posteriormente, entre AENA e Ilunión Outsourcing S.A. se firmó contrato el 23.7.15. para la adjudicación del expediente NUM001, Servicio de Información y Atención al Público y Salas de Autoridades del Aeropuerto de Málaga. El 24.8.15. AENA firmó contrato con Gestió i Serveis Trade Center S.A. para la adjudicación del expediente nº NUM002 Servicio de Información y Atención al Público y Salas de Autoridades en el Aeropuerto de Málaga. El 16.9.15. AENA firmó contrato con Gestió i Serveis Trade Center S.A. para la adjudicación del expediente nº NUM003 Servicio de Información y Atención al Público y Salas de Autoridades en el Aeropuerto de Málaga. Con anterioridad estos servicios fueron contratados con Urbaser S.A. en virtud de contrato de 22.1.99., expediente NUM004, que fue prorrogado; y con Clece S.A. en virtud de cesión de contrato de 11.4.02.; contrato 17.12.04. expediente NUM005 y contrato de 10.2.06., expediente NUM006, que fue objeto de sucesivas prórrogas.

6º.- Los locales donde las trabajadoras desarrollan sus servicios han sido cedidos por AENA.

7º.- AENA ha pagado a las adjudicatarias las facturas correspondientes a suministros, telecomunicaciones, tarjetas de identificación, cursos de formación en Seguridad Aeroportuaria, reintegro impuesto bienes inmuebles, oficinas locales y mostradores.

8.º.- En el Aeropuerto de Málaga Gestió i Serveis tiene un gerente y dos supervisores que dan instrucciones a los trabajadores; realiza los cuadrantes y horarios; concede los permisos y vacaciones; ejerce el poder disciplinario; les proporciona el uniforme y móviles a los trabajadores.

9º.- AENA pone un precio fijo al servicio, comunica los clientes VIPS, da pautas sobre la realización del servicio y recibe las hojas de reclamaciones.

9.º bis.- "Aena, S.A., en relación con los expedientes NUM000, NUM003 y NUM002, y respecto al personal asignado al mismo por la entidad adjudicataria, tiene y ejercita las siguientes facultades:

"-a. Determina el horario de prestación del servicio, decidiendo la ampliación o reducción del mismo.

- "-b. Determina la estructura del personal que la adjudicataria asigna al servicio, así como las categorías profesionales y formación mínima necesaria que ha de tener dicho personal, incluido el nivel de idiomas.
- "- c. Determina en qué consiste el servicio, regulando de forma prolija y minuciosa los pormenores del mismo, así como los idiomas en que se presta.
- "- d. Determina los lugares de prestación del servicio.
- "- e. Determina las personas a las que se les presta el servicio.
- "- f. Determina la imagen del servicio, así como la composición de los uniformes del personal asignado al servicio, y la periodicidad de su renovación. Frente al usuario, los trabajadores del servicio son la imagen de Aena, S.A.
- "- g. Puede vetar a un trabajador de la adjudicataria por una mera cuestión de imagen de Aena, S.A.
- "- h. Impide a la adjudicataria desarrollar cualquier otra actividad de forma paralela que le pueda reportar beneficios.
- "- i. Aena, S.A., establece los procedimientos del servicio, así como lo organiza a través del Director del Expediente, actuando el personal intermedio de la adjudicataria como mera correa de transmisión de las instrucciones de Aena, S.A.
- "- j. Aena, S.A. ha dado cursos de formación a los trabajadores de la adjudicataria, entre ellos a las demandantes.
- "- m. En caso de huelga de personal de la contratista, Aena, S.A. se suspende la contraprestación a la empresa contratista, así como la facultad de exigir a la contratista la prestación de unos servicios, al margen de los servicios mínimos."

10.º- Se ha celebrado acto de conciliación sin avenencia entre las partes".

Por escrito de 9 de febrero de 2018 se solicitó aclaración de sentencia que fue resuelto por auto de 12 de febrero de 2018, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: "Debemos aclarar el hecho probado séptimo que deberá decir "AENA ha cobrado..."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), dictó sentencia con fecha 12 de diciembre de 2018, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "I.- Se estima el recurso de suplicación interpuesto por D.ª Belen y D.ª Asunción, y se revoca la sentencia del Juzgado de lo Social número uno de Málaga, de 7 de febrero de 2018. II.- Se estima la demanda. III.- Se declara la existencia de cesión ilegal, respecto de dichas trabajadoras, entre Aena, S.A., y a Gestió i Serveis Trade Center, S.A. IV.- Se tiene por efectuada la opción en favor de la incorporación a Aena, S.A., con la condición de trabajadoras fijas. V.- Se condena a dichas sociedades a estar y pasar por las anteriores declaraciones. VI.- Se absuelve a Ilunion Outsourcing, S.A., Control y Servicios Profesionales, S.A., Urbaser, S.A., y Clece, S.A."

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Martín Martín, en representación de la sociedad mercantil estatal AENA, S.A., mediante escrito de 1 de febrero de 2019, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alegan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), de 27 de febrero de 2008 (rec. 2384/2007) y por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife) de 26 de junio de 2018 (rec. 1044/2017). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 42 y 3 ET. TERCERO.- Se alega la infracción de los arts. 18 Ley 3/2017, 111,1 y 113 Ley 40/2015, 23 y 24 convenio colectivo AENA y 55 y disposición adicional 1.ª EBEP.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 4 de diciembre de 2019 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

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

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de enero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

Son dos las cuestiones ahora suscitadas. Por un lado, se discute si ha existido cesión ilegal entre Aena SA y la adjudicataria (Gestió i Serveis Trade Center S.A.) respecto a la prestación de servicio de azafatas en la Sala VIP del Aeropuerto de Málaga.

Por otra parte, se suscita el tema de si el contrato de trabajo del personal al servicio de Aena se transforma en fijo o, por el contrario, en indefinido no fijo (PINF) cuando se aprecia que concurre fraude en la contratación temporal o anomalías en su desarrollo.

1. Datos relevantes.

En el caso, Aena ha externalizado la atención y gestión de la Sala VIP del Aeropuerto de Málaga, corriendo ahora a cargo de la mercantil Gestió i Serveis Trade Center S.A.. Teniendo en cuenta la adición fáctica introducida en suplicación, deben destacarse algunos extremos:

A) Las demandantes, con categoría de administrativas, trabajan como azafatas de servicio ("chaquetas verdes") con funciones de información y atención en diversas Salas del Aeropuerto. Aena es quien organiza el servicio a través de la asignación de horarios de apertura, cierre o controles reales previos de acceso para que las personas autorizadas accedan a las dependencias.

B) Varios de los medios informáticos imprescindibles para llevar a cabo las funciones relacionadas con los viajes de las personas que acudían a la Sala fueron en algunos casos alquilados por AENA, que facturaba su utilización. Por otro lado, la concesionaria tiene un gerente y dos supervisores que dan instrucciones a los trabajadores, realizan cuadrantes y horarios, conceden permisos y vacaciones, proporcionan uniformes y teléfonos, además de ejercer el poder disciplinario.

C) Aena controla la idoneidad de esos trabajadores, por ejemplo en materia de conocimiento de idiomas, la exigencia de que cuenten con determinados medios de comunicación o transporte, y de que vistan con ropa identificativa directamente relacionada con tal entidad y no con la empresa que contrata sus servicios. En concreto, sus facultades son las siguientes (HP 9.º bis):

- a. Determina el horario de prestación del servicio, decidiendo la ampliación o reducción del mismo.
- b. Determina la estructura del personal que la adjudicataria asigna al servicio, así como las categorías profesionales y formación mínima necesaria que ha de tener dicho personal, incluido el nivel de idiomas.
- c. Determina en qué consiste el servicio, regulando de forma prolija y minuciosa los pormenores del mismo, así como los idiomas en que se presta.
- d. Determina los lugares de prestación del servicio.
- e. Determina las personas a las que se les presta el servicio,

- f. Determina la imagen del servicio, así como la composición de los uniformes del personal asignado al servicio, y la periodicidad de su renovación. Frente al usuario, los trabajadores del servicio son la imagen de Aena, S.A.
- g. Puede vetar a un trabajador de la adjudicataria por una mera cuestión de imagen de Aena, S.A.
- h. Impide a la adjudicataria desarrollar cualquier otra actividad de forma paralela que le pueda reportar beneficios.
- i. Establece los procedimientos del servicio, así como lo organiza a través del Director del Expediente, actuando el personal intermedio de la adjudicataria como mera correa de transmisión de las instrucciones de Aena, S.A.
- j. Ha dado cursos de formación a los trabajadores de la adjudicataria, entre ellos a las demandantes.
- k. Aporta los medios materiales precisos para la prestación del servicio, tales como mostradores, ordenadores, sistemas y programas informáticos, etcétera.
- l. Ha intervenido en la negociación colectiva en la empresa contratista del Servicio de Información, Atención al Público y Salas de Autoridades en el Aeropuerto de Málaga Costa del Sol.
- m. En caso de huelga de personal de la contratista, Aena, S.A. se suspende la contraprestación a la empresa contratista, así como la facultad de exigir a la contratista la prestación de unos servicios, al margen de los servicios mínimos."

## 2. Sentencias recaídas en el procedimiento.

A) Mediante su sentencia 34/2018 de 7 febrero el Juzgado de lo Social n.º 1 de Málaga desestima la demanda interpuesta por dos trabajadoras (con antigüedad desde 1993) contra Aena y otras empresas (V2 Complementos Auxiliares, S.A.; Gestió i Servéis Trade Center, S.A.; Ilunión Outsourcing, S.A., Control y Servicios Profesionales, S.A.; Urbaser, S.A.; Clece, S.A.). En ella interesan que se declare la existencia de una cesión ilegal y su incorporación, con carácter fijo, a la plantilla de Aena.

Invoca diversa jurisprudencia y doctrina judicial para concluir que la adjudicataria conserva y ejerce los poderes empresariales, existiendo una Jefa de Servicio que supervisa la actividad desempeñada.

B) La STSJ Andalucía (sede de Málaga) 2098/2018, de 12 de diciembre estima el recurso de suplicación de las trabajadoras (rec. 1172/2018) y declara la existencia de dicha cesión ilegal en aplicación del criterio sentado por las SSTS 20 octubre 2014 (rcud. 3291/2013) y 830/2022 de 18 octubre ( rcud. 4261/2019).

En este sentido, si bien es cierto que la coordinadora del servicio de atención y protocolo en salas de autoridades y vip, llevaba a cabo su trabajo en colaboración con la propia coordinadora del servicio que asignaba la empresa contratista, esa función, formalmente independiente, estaba sujeta en realidad a esa supervisión de la actividad, de las funciones y de la manera en que debían llevarse a cabo en las propias instalaciones de AENA y dirigidas a desarrollar funciones vinculadas con el tráfico aéreo de pasajeros. La sentencia entiende que las condiciones son iguales en el caso de autos, no sólo porque el pliego de condiciones técnicas es común para todos los aeropuertos, sino también por el nuevo apartado 9 bis del relato fáctico introducido en suplicación donde se hacen constar tales extremos.

Apreciada la cesión ilegal, la sentencia declara a las trabajadoras recurrentes fijas de plantilla de AENA, cumpliendo el sentido de la opción que ya habían adelantado y que les brinda el art. 43.3 ET. Razona que deben ser fijas porque AENA es en la actualidad una sociedad mercantil, por más que el capital social sea de titularidad estatal, y el personal laboral de una sociedad mercantil está excluido del EBEP.

## 3. Recurso de casación unificadora.

Con fecha 1 de febrero de 2019, disconforme con la solución alcanzada por la Sala de segundo grado, la empleadora formaliza su recurso de casación para la unificación de doctrina, estructurado en dos motivos.

Por un lado, expone que no ha habido cesión ilegal alguna, argumentando en línea con el criterio acogido por el Juzgado de lo Social. Para defender la inexistencia de cesión ilegal, cita de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de 27 de febrero de 2008 (R. 2384/2007). Alega la infracción de los artículos 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Por otro lado, sostiene que la sentencia de suplicación infringe las normas sobre contratación del personal de las entidades que conforman el sector público, denunciando la infracción del art. 18 de la Ley 3/2017 [LPGE 2017], los arts. 111.1 y 113 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; la Disposición Adicional Primera y el art. 55 del RDL 5/2015 [EBEP], y los arts. 23 y 24 del Convenio Colectivo del Grupo AENA. El recurso combate la calificación declarada de que el contrato es fijo; postula, en consecuencia, que casemos la sentencia recurrida declarando que la naturaleza de la relación laboral es indefinida no fija.

#### 4. Impugnación del recurso.

Con fecha 31 de enero de 2020, el Abogado y representante de las trabajadoras formaliza su impugnación al referido recuso, cuya inadmisión postula por considerar que concurre falta de contradicción en el primer motivo y porque la doctrina acuñada por la Sala de Málaga concuerda con la reiteradamente asumida por el Tribunal Supremo. Respecto del segundo motivo, invoca diversos Autos de esta Sala Cuarta inadmitiendo lo que entiende son recursos análogos.

#### 5. Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 25 de junio de 2020 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS, a favor de la procedencia del segundo motivo del recurso. Considera que se infringe la Disposición Adicional primera del EBEP, que sí es aplicable al caso, a diferencia de la Ley 40/2015 (posterior a la fecha de contratación). Recuerda asimismo que esta Sala Cuarta ya ha unificado doctrina en ese sentido.

Respecto del primer motivo, entiende que concurre falta de contenido casacional puesto que la doctrina unificada ha sentado un criterio análogo al de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- La contradicción entre sentencias.

Por constituir un requisito de orden público procesal, debemos comprobar que las sentencias opuestas son contradictorias en los términos que el legislador prescribe. Adicionalmente, como queda expuesto.

#### 1. Alcance de la contradicción entre sentencias.

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre las sentencias comparadas. Aunque no se requiere una identidad absoluta, sí es preciso que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

#### 2. Motivo 1.º del recurso.

##### A) Sentencia referencial.

Para defender la inexistencia de cesión ilegal, cita de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) 630/2008 de 27 de febrero (rec. 2384/2007).

Menzies Aviación (Ibérica), empresa a cuya plantilla pertenece la actora, tiene contratado con AENA, titular de las instalaciones del Aeropuerto de Granada, el "Servicio de información, atención al público y apoyo corporativo" en dicho Aeropuerto, con el contenido que está establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas de la contrata. La referida empresa tiene una representante en el Aeropuerto que, además de desempeñar funciones de azafata, asume las de coordinadora del antes referido Servicio y del personal que lo atiende, llevando a cabo la confección de los cuadrantes de turnos, la entrega de las nóminas, la gestión de los partes de baja y de las vacaciones, disponiéndose un teléfono móvil al que las trabajadoras llaman en casos de emergencia.

Ha de reconocerse, por cuanto antecede, que en el caso que se analiza las dos empresas intervinientes, contratante y contratista, son empresas reales con actividades productivas propias, y que la segunda no se limita a un "simple suministro de la mano de obra o de fuerza de trabajo", sino que actúa con una organización y medios personales propios para la cobertura del servicio que tiene contratado.

Descarta que haya cesión ilegal por la sola circunstancia de que el Director del Aeropuerto o el Jefe del Departamento Técnico Operativo se dirijan al Servicio de Información y Atención al Cliente, como lo hacen a otros servicios, a fin de indicarle como deben tratarse de manera general determinadas situaciones.

#### B) Consideraciones específicas.

Con independencia de ciertos detalles, lo cierto es que las sentencias comparadas abordan el mismo problema, especificando ambas que los servicios prestados por la empresa concesionaria se desarrollan conforme al pliego de condiciones establecido.

Sin embargo la Sala de Granada llega a la conclusión opuesta que la alcanzada por la recurrida, puesto que en aquel caso se negó que existiese fenómeno interpositorio de clase alguna. La referencial considera que había sido plenamente lícita la realización del servicio encomendado a través de una, en los términos previstos en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

Existe por la tanto la contradicción que exige el artículo 219 de la LRJS para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina.

### 3. Motivo 2.º del recurso.

#### A) Sentencia referencial.

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

La sentencia confirma la existencia de fraude de ley en la contratación temporal, pero acoge el motivo destinado a desactivar la condición de fijo del demandante. Admite que se aparta del criterio de la STS de 18 de septiembre de 2014 y que resulta inaplicable la Ley 40/2015, pero destaca que la Disposición Adicional 1.º del EBEP en relación con el art. 55 del EBEP, vigentes desde el 2007, no fueron invocadas en ese recurso que de casación unificadora.

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

#### B) Consideraciones específicas.



Tal y como el Ministerio Fiscal entiende, sin necesidad de grandes argumentaciones la contradicción ha de declararse existente, porque ante supuestos análogos las respuestas son dispares. En los dos casos se trata de trabajadores vinculados con AENA con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/2015, y cuya contratación temporal se declara en fraude de ley.

Pero sobre la base de que AENA es una sociedad mercantil estatal, en la sentencia recurrida se reconoce a la demandante la condición de fija, y en la de contraste, la de indefinido no fijo, siendo irrelevante en la decisión de referencia que hubiera manifestado el demandante su intención de desistir, lo que obviamente no había ocurrido cuando se dicta la decisión judicial.

TERCERO.- La cesión ilegal en la gestión de Salas VIP (Motivo 1.º del recurso).

Son tres las ocasiones en que hemos abordado la existencia de cesión ilegal entre Aena la empresa adjudicataria de la gestión de la Sala VIP del Aeropuerto Miguel Hernández de Elche-Alicante. La doctrina acuñada al respecto ha sido expresamente invocada por la sentencia ahora recurrida, como queda expuesto. Procede, por tanto, que la recordemos y apliquemos.

1. La STS 20 octubre 2014 (rcud. 3291/2013 ).

Nuestra primera unificación de doctrina se inclinaba por la existencia de cesión ilegal a la vista de las siguientes consideraciones:

Desde el punto de vista de la actividad de la Entidad demandada, el artículo 1 del RD 905/1991 de 14 de junio, por el que se aprueba el Estatuto del Ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, establece que el mismo "*... tendrá como misión, en el ámbito de sus competencias, contribuir al desarrollo del transporte aéreo en España y garantizar el tránsito aéreo con seguridad, fluidez, eficacia y economía, ofreciendo una calidad de servicio acorde con la demanda de clientes y usuarios, en el marco de la política general de transpones del Gobierno.... Su objeto será la gestión de los aeropuertos civiles de interés general y de las instalaciones y redes de ayudas a la navegación aérea, pudiendo realizar, además, cuantas actividades anejas o complementarias de aquéllas permitan rentabilizar las inversiones efectuadas.*

Desde esa perspectiva, partiendo entonces de los inalterados hechos probados de la sentencia recurrida podemos afirmar que en el ejercicio de esas competencias legalmente previstas, dentro de su actividad por tanto, Aena proporciona las instalaciones y locales para que allí se lleve a cabo el Servicio contratado en los términos en que aparece redactado el pliego de condiciones que obra en las actuaciones y transcrito en parte en esos hechos probados. Ciertamente que esa actividad de atención y gestión del funcionamiento de la sala de autoridades y vip se encomienda a una empresa real, con actividad propia, en este caso Servicios Pasarela Mediterráneo. Nadie niega que ésta empresa tenga su propia razón social y su actividad, pero ya hemos reflejado antes la jurisprudencia de esta Sala en la que se concluye que esa realidad puede resultar en algunas ocasiones meramente colateral o accidental, cuando otras evidencias muestran que la actividad de los trabajadores contratados se proyecta en exclusiva sobre el ámbito de actuación y bajo la supervisión y decisión de la contratista.

Pues bien, tal y como se afirma en la sentencia recurrida, a pesar de esa existencia real de la empresa Servicios Pasarela Mediterráneo, lo cierto es que esa existencia empresarial independiente en el caso de la contrata con Aena es irrelevante, puesto que la verdadera gestión y dirección empresarial se llevaba a cabo por Aena, desde el momento en que era ésta la que realmente y en sus propias instalaciones organizaba el servicios a través de la asignación de horarios de apertura, cierre, controles reales previos de acceso para que las personas autorizadas accedan a las dependencias, llevando a cabo incluso un control de idoneidad de esos trabajadores por ejemplo en materia de conocimiento de idiomas, la exigencia de que fuesen dotados de determinados medios de comunicación o transporte, de ropa identificativa directamente relacionada con la Entidad Aena, y ninguna -de hecho estaba prohibido-- con la empresa para la que se decía que prestaban sus servicios.



Resulta también relevante comprobar que diversos medios informáticos imprescindibles para llevar a cabo las funciones relacionadas con los viajes de las personas que acudían a la sala eran en algunos casos alquilados por Aena, que facturaba por tanto su utilización. También la descripción detallada de la manera en la que el servicio debía llevarse a cabo (punto sexto del pliego), en el que la intensidad de la contratista en la descripción y control de las directrices a las que debía sujetarse la actividad son destacables, como el hecho de que los trabajos y las funciones a realizar que se describen en ese punto sexto los son "sin perjuicio de los que en su momento establezca el Director del expediente.

Por eso tiene especial relevancia, como se razona en la sentencia recurrida, la realidad del puesto y de la actividad que llevaba a cabo la coordinadora del servicio de atención y protocolo en salas de autoridades y vip, que si bien es cierto que llevaba a cabo su trabajo en colaboración con la propia coordinadora del servicio que asignaba la empresa contratista --Servicios Pasarela Mediterráneo-- esa función, formalmente independiente, estaba sujeta realmente a esa supervisión de la actividad, de las funciones y de la manera en que debían llevarse a cabo en las propias instalaciones de Aena y dirigidas, como se dijo al comienzo, a desarrollar funciones vinculadas con el tráfico aéreo de pasajeros.

## 2. La STS 21 octubre 2014 (rcud. 1692/2013 ).

La segunda de las sentencias está datada el mismo día que la anterior. Pone especial énfasis en resaltar los hechos que desembocan en la reseñada apreciación sobre cesión ilegal. En concreto, destaca algunos datos muy significativos del papel de AENA en relación con el desarrollo en la práctica del servicio que dice concederse, tales como los siguientes:

- determinar los horarios de apertura y cierre del servicio;
- retirar las tarjetas de identificación de las trabajadoras (lo que implica su despido por la concesionaria, al ser imposible trabajar en el recinto aeroportuario sin dicha identificación) por cuestiones de imagen decididas unilateralmente por AENA;
- establecer los uniformes de las trabajadoras de Servicios Pasarela Mediterránea, S.L., uniformes que deberían llevar visible el logotipo de AENA, al mismo tiempo que impedía a Servicios Pasarela Mediterránea, S.L. identificarse en modo alguno o realizar publicidad;
- establecer el perfil de los trabajadores de Servicios Pasarela Mediterránea, S.L., el nivel de conocimiento de idiomas exigible, incluso la posibilidad de que AENA comprobase ese nivel de conocimiento de idiomas en el personal de Servicios Pasarela Mediterránea, S.L.;
- establecer minuciosamente la forma de prestar el servicio (recogida de enseres, de los ejemplares de prensa, frecuencia de la limpieza de las instalaciones, etcétera...);
- establecer los medios materiales a aportar por la concesionaria, que son de poca importancia en relación con los medios materiales aportados por AENA.

En contrapartida a todo ello, la sentencia recurrida entiende con acierto que no es relevante el hecho de que las órdenes directas a las actoras se las diera la Coordinadora nombrada por PASARELA que, en realidad, no hacía más que transmitir las órdenes de la -así denominada- Directora del Expediente, que es un mando de AENA.

## 3. La STS 830/2022 de 18 octubre (rcud. 4261/2019 ).

Nuestra tercera aproximación al tema considera que la sentencia recurrida (declarando inexistente la cesión ilegal) no puede contrastarse con la referencial, que es, precisamente, la primera de las que hemos reseñado en este Fundamento. Ello, debido a que aparecen diversas diferencias fácticas sobre comprobación del nivel de idiomas, uniformidad o medios materiales puestos a disposición de la adjudicataria.

#### 4. Aplicación de nuestra doctrina.

Razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación del Derecho nos llevan a resolver el caso suscitado de conformidad con la doctrina expuesta, lo que comporta el fracaso del primer motivo de recurso.

A) Nuestra citada STS de 20 octubre 2014 (rcud. 3291/2013) consideró errónea la doctrina acuñada por la STSJ Andalucía (Granada) de 16 de julio de 2008 (recurso: 678/2008), que es similar a la que acoge la sentencia referencial en el presente procedimiento y versa sobre la misma prestación de servicios por parte de las "chaquetas verdes" en el Aeropuerto de Granada, siendo su empleadora Menzies Aviaton Group Iberica, S.A

En consecuencia, cabe afirmar que ya nos hemos pronunciado, de modo indirecto sobre el tipo de relación interempresarial existente en tal caso. Solo la existencia de datos nuevos o razones potísimas nos permitirían variar aquel criterio, acompañado ello de la debida justificación. Pero no es el caso.

B) La sentencia ahora recurrida no solo conoce nuestra doctrina unificada por las dos resoluciones de 2014 sino que explica detalladamente las razones por las que ha de resolver conforme a la misma. Básicamente, porque las condiciones en que se viene prestando la actividad laboral son coincidentes en el caso ahora enjuiciado y en los conocidos por aquellas:

Pero también tiene ese valor unificador -que debe ser el determinante para la respuesta que se dé aquí a la pretensión planteada- el hecho de que la adjudicación de ese concreto servicio de atención aeroportuaria se haya debido realizar, y desarrollar, conforme a unas condiciones similares en cada uno de los aeropuertos, no solo por la existencia de un pliego de condiciones técnicas, sino porque la comparación entre los presupuestos fácticos que se han dejado consignados en este caso, concretamente en el nuevo apartado 9 bis del relato judicial, junto con el pliego de condiciones de los expedientes aquí examinados (documentos 6, 7 y 8, folios 3426 a 3641), con el resumen que lleva a cabo la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la sentencia citada de 20 de octubre de 2014 [ROJ: STS 4882/2014 ], concretamente, en su fundamento segundo, permiten concluir, sin duda alguna, que existía una esencial coincidencia material en el modo en el que se materializaba el servicio adjudicado, extremo que es lo verdaderamente decisivo en trances, como el presente, en los que ha de verificarse si se ha producido un tráfico no autorizado de trabajadores entre empresas. Y lo mismo cabe decir de la síntesis que contiene la sentencia de 21 de octubre de 2014 [ROJ: STS 4526/2014], en su fundamento quinto, presupuestos fácticos que, alguno de los cuales son muy significativos del papel de AENA en relación con el desarrollo en la práctica del servicio que dice concederse.

C) Es cierto, como apunta el Informe del Ministerio Fiscal, que al haberse ajustado la sentencia recurrida a nuestra doctrina unificada podríamos haber inadmitido este motivo de recurso por falta de contenido casacional.

Recordemos que cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (por todas, SSTS 1036/2016 de 2 diciembre; 107/2017 de 8 febrero; 123/2017 de 14 febrero; 346/2017, de 25 abril; 434/2017 de 16 mayo).

CUARTO.- Proyección de la categoría de personal indefinido no fijo en Aena (Motivo 2.º).

Como queda expuesto, sobre la base de que AENA es una sociedad mercantil estatal, la sentencia recurrida reconoce a las demandantes la condición de fijas. El recurso postula la traslación de la categoría de Personal Indefinido No Fijo (PINF), cuestión que ha sido objeto de enjuiciamiento por el Pleno de esta Sala Cuarta en sus sentencias 472/2020 de 18 junio (rcud. 1911/2018); 473/2020 de 18 junio (rcud. 2005/2018); 474/2020 de 18 junio (rcud. 2811/2018); y 579/2020 de 2 de julio (rcud. 1906/2018). Tal doctrina ya ha sido aplicada posteriormente, entre otras, por las SSTS 749/2020 de 10

septiembre (rcud. 3678/2017); 782/2020 de 17 septiembre (rcud. 1408/2018); 192/2021 ( rcud. 451/2019); 212/2021 de 17 febrero (rcud. 2945/2018); 1187/2021 de 1 diciembre (rcud. 3444/2019) y 1192/2021 de 1 diciembre (rcud. 4266/2019), entre otras. Recordemos sus líneas argumentales.

#### 1. Normas concurrentes.

Conviene traer a colación las diversas normas sobre las que debemos edificar la respuesta a la cuestión suscitada.

A) El EBEP diferencia entre "entidades de derecho público" y "entidades del sector público".

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

b) El art. 85 del EBEP regula las situaciones administrativas de los funcionarios de carrera. Prevé que las Leyes de Función Pública podrán regular otras situaciones administrativas de los funcionarios de carrera, distintas del servicio activo, servicios especiales, servicio en otras Administraciones públicas..., cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: "b) Cuando los funcionarios accedan, bien por promoción interna o por otros sistemas de acceso, a otros cuerpos o escalas y no les corresponda quedar en alguna de las situaciones previstas en este Estatuto, y cuando pasen a prestar servicios en organismos o entidades del sector público en régimen distinto al de funcionario de carrera".

B) El art. 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, intitulado: "Sector público estatal", dispone:

"1. A los efectos de esta Ley forman parte del sector público estatal:

a) La Administración General del Estado.

b) El sector público institucional estatal.

2. Integran el sector público institucional estatal las siguientes entidades:

a) Los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los cuales se clasifican en:

1.º Organismos autónomos.

2.º Entidades Públicas Empresariales.

b) Las autoridades administrativas independientes.

c) Las sociedades mercantiles estatales [...]"

C) La disposición adicional 12.ª de la derogada Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) establecía en sus dos primeros apartados:

"1. Las sociedades mercantiles estatales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.

2. Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, se registrarán por el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones

Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación".

D) La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), regula su ámbito subjetivo en su art. 2:

"1. La presente Ley se aplica al sector público que comprende:

[...] d) El sector público institucional.

2. El sector público institucional se integra por:

a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.

b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas [...]"

El art. 113 de la LRJSP acuerda:

"Las sociedades mercantiles estatales se regirán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación [...]"

El art. 117.4 de la LRJSP estatuye:

"El personal de las sociedades mercantiles estatales, incluido el que tenga condición de directivo, se regirá por el Derecho laboral, así como por las normas que le sean de aplicación en función de su adscripción al sector público estatal, incluyendo siempre entre las mismas la normativa presupuestaria, especialmente lo que se establezca en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado".

Esta norma prevé expresamente que el personal de estas sociedades mercantiles estatales se regirá por las normas aplicables en función de su adscripción al sector público estatal.

E) El art. 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP) estatuye:

"1. Las disposiciones de este título ("Patrimonio empresarial de la Administración General del Estado") serán de aplicación a las siguientes entidades:

a) Las entidades públicas empresariales [...]

b) Las entidades de Derecho público vinculadas a la Administración General del Estado o a sus organismos públicos cuyos ingresos provengan, al menos en un 50 por ciento, de operaciones realizadas en el mercado.

c) Las sociedades mercantiles estatales, entendiéndose por tales aquellas sobre la que se ejerce control estatal:

1.º Bien porque la participación directa en su capital social de la Administración General del Estado o algunas de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público integran el sector público institucional estatal, incluidas las sociedades mercantiles estatales, sea superior al 50 por 100".

El art. 167 de esta LPAP diferencia:

"1. Las entidades a que se refieren los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo anterior ajustarán la gestión de su patrimonio a esta ley. En lo no previsto en ella, se ajustarán al Derecho privado, salvo en materia de bienes de dominio público en que les serán de aplicación las disposiciones reguladoras de estos bienes.

2. Las entidades a que se refiere el párrafo c) del apartado 1 del artículo anterior ajustarán la gestión de su patrimonio al Derecho privado, sin perjuicio de las disposiciones de esta ley que les resulten expresamente de aplicación".

5. - Finalmente, el art. 18.1.f de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, encuadra en el sector público a:

"f) Las sociedades mercantiles públicas, entendiéndose por tales aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las Administraciones y entidades enumeradas en este artículo sea superior al 50 por ciento. En el sector público estatal se considerarán como tales las reguladas en el artículo 111.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público".

F) En cuanto a la naturaleza de AENA, el Real Decreto 905/1991, de 14 de junio, constituyó el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea y aprobó su Estatuto.

El art. 7 del Real Decreto ley 13/2010, de 3 de diciembre, constituyó la sociedad mercantil estatal "Aena Aeropuertos, SA". La norma explica que se trata de "una sociedad mercantil de las previstas en el artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas".

El Real Decreto ley 8/2014, de 4 de julio, dispuso en su art. 18:

"1. La sociedad mercantil estatal "Aena Aeropuertos, SA", creada en virtud de lo previsto en el art. 7 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre [...] pasa a denominarse Aena, SA.

2. La entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (Aena), creada por el art. 82 de la Ley 4/1990, de 29 de junio de Presupuestos Generales del Estado para 1990, pasa a denominarse ENAIRE".

G) El I Convenio Colectivo del grupo de empresas AENA acuerda en sus arts. 23.3, 24.2 y 26.1 que el ingreso en las empresas de dicho grupo respetará los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

2. Sector público administrativo y empresarial.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Doctrina refractaria a la fijeza.

1. No ha habido pronunciamientos uniformes de este Tribunal acerca de la controversia litigiosa. Inicialmente la doctrina jurisprudencial aplicó la condición de trabajador indefinido no fijo a Correos y Telégrafos SAE argumentando que las sociedades anónimas estatales "a pesar de regirse en términos generales por el derecho privado como específicamente recoge la Disposición Adicional 12.<sup>a</sup> de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado - LOFAGE- tienen la excepción que en dicha misma Disposición Adicional se recoge cuando dice que les será de aplicación dicho régimen privado "salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, control financiero y contratación"; se trata, en definitiva de entidades que, a pesar de su condición jurídica de S.A. pertenecen al sector público estatal [...] y por lo tanto, como se ha dicho, se rigen para la contratación, y por lo tanto también para la contratación de sus trabajadores por el régimen de contratación de los entes públicos recogidos en los arts. 23 y 103 de la Constitución y desarrollados en la Ley 30/1984, de 2 de agosto [...] o sea por los criterios de "igualdad, mérito y capacidad" acreditados en un proceso público de selección de los legalmente establecidos" ( sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2007, recurso 3353/2005; 28 de marzo de 2007, recurso 5082/2005; 26 de abril de 2007, recurso 229/2006; y 6 de octubre de 2008, recurso 3064/2007).

2. Asimismo el Tribunal Supremo declaró que la condición de trabajador indefinido no fijo era aplicable a Televisión Española SA o a Radio Nacional de España SA, argumentando que el art. 35.4 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión especificaba que el ingreso en situación de fijo en TVE sólo podía realizarse mediante las correspondientes pruebas de admisión. La disposición adicional duodécima de la LOFAGE disponía que las sociedades mercantiles estatales se



regían por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y de contratación. Esta referencia a la contratación apuntaba a las reglas sobre selección de contratistas, reglas que en el régimen laboral se conectan con los principios de igualdad, mérito y capacidad en la selección de personal. Este Tribunal concluía que, como la sociedad estatal pertenecía al sector público y en la selección de su personal se aplicaban los mismos criterios que a las Administraciones Públicas, necesariamente debían aplicarse en dicha selección los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, por lo que la contratación irregular de su personal no conducía a la adquisición de fijeza, sino que su relación laboral tendía el carácter de indefinida ( sentencias del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2008, recurso 3964/2007; 9 de octubre de 2008, recurso 4029/2007; de octubre de 2008; recurso 1956/2007; 3 de noviembre de 2008, recurso 4619/2006; 19 de enero de 2009, recurso 1066/2007 y 3 de abril de 2009, recurso 773/2007, entre otras).

3. La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2015, recurso 102/2014, en relación con la misma sociedad estatal (AENA), consideró lícita la preferencia en la permanencia reconocida a los trabajadores fijos en caso de movilidad geográfica, argumentando que no se trataba de "la simple distinción entre contratos laborales en atención a su duración. Los términos de comparación no son aquí los contratos por tiempo indefinido y los temporales; sino los trabajadores fijos, respecto de los que no lo son. Nos hallamos ante el específico supuesto del personal laboral que presta servicios en el sector público, en donde la categoría de trabajador "fijo" presenta un matiz adicional relacionado con el proceso de acceso al empleo y con la vinculación a un determinado puesto de trabajo, que excede de la figura del trabajador con contrato indefinido. Es a los trabajadores fijos a los que la cláusula del acuerdo otorga ese primer criterio de permanencia en el destino que ocupan, dejando fuera a quienes no ostenten tal condición. Y resulta imprescindible partir de esta categoría contractual para analizar el alcance de la diferente consideración que se desprende de la regla impugnada".

4. La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2016, recurso 91/2016, calificó a Eusko Irratia SA como parte del sector público. Su norma rectora: la Ley 5/1982, de 20 de mayo y en particular su art. 47.1 establecía que "la selección de personal para el Ente y sus Sociedades se hará mediante convocatoria pública y de acuerdo, con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad". Este Tribunal añadió que la disposición adicional 1.ª del EBEP prevé la aplicación de los principios contenidos en sus arts. 52, 53, 54, 55, y 59 a las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidos en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica, llegando a la conclusión favorable a la acogida de la figura del personal laboral indefinido no fijo en el marco de la empresa pública.

4. Doctrina favorable a la fijeza.

1. En sentido contrario, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2014, recurso 2320/2013, negó que el personal laboral de la sociedad mercantil AENA estuviera incluido en la aplicación del EBEP, argumentando que "se hace difícil sostener que los trabajadores de una sociedad de derecho privado puedan ser calificados como "indefinidos no fijos", siendo ésta una calificación creada jurisprudencialmente para garantizar la situación de quienes prestan servicios para entidades públicas en un régimen de laboralidad que no se sujeta a una causa legal de temporalidad. La justificación de la figura del trabajador "indefinido no fijo" se halla [...] en la necesidad de preservar los principios que rigen el acceso al ejercicio de una función pública; elemento justificativo que desaparece por completo en el ámbito de las relaciones entre privados". A la misma conclusión llegó la sentencia del Tribunal Supremo de la misma fecha: 18 de septiembre de 2014, recurso 2323/2013.

2. La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015, recurso 172/2014, reitera la distinción entre el "sector público administrativo" y el "sector público empresarial". Y dentro de este último distingue entre las "entidades públicas empresariales", que son "entidades "dependientes de la

Administración General del Estado, o de cualquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella" [ art. 2.1.c) LGP], que se configuran como "Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propias vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas", quedando sujetas al Derecho administrativo "cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación" [ art. 2.2 de la Ley 30/1992, de 26/Noviembre]; y b) las "sociedades mercantiles estatales" a que se refiere el art. 2.1.e) LGP y que "aunque forman parte del sector público empresarial estatal [...] no son Administraciones públicas [ art. 2.2 de la Ley 30/1992], de manera que "se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y de contratación".

3. La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2016, recurso 229/2015, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 8/2015, de 22 de enero, sostuvo que la empresa TRAGSA no es subsumible en el concepto amplio de Administración. Afirmó que es una sociedad mercantil estatal, no una entidad pública empresarial. La "contratación" que ha de sujetarse a normas propias del sector público no es la de personal asalariado sino la de obras o servicios. Esta Sala concluyó que las normas del EBEP no son aplicables a las sociedades mercantiles de titularidad pública, por lo que no cabe extender a TRAGSA las normas sobre empleados públicos: "la construcción del indefinido no fijo es inaplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, pues no están obligadas a cumplir con esos principios constitucionales del acceso "a la función pública", que es a lo que se contrae el mandato del art. 103.3 CE".

4. Los autos del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2018, recurso 3014/2017; 10 de abril de 2019, recurso 3661/2017; 19 de abril de 2018, recurso 2241/2017; 5 de septiembre de 2019, recurso 4531/2018, entre otros, han inadmitido recursos de casación unificadora en los que se postulaba el acceso a la condición de fijo de plantilla por fraude de ley en la contratación temporal en el ámbito de las sociedades estatales como AENA SA. Esta Sala argumentó la falta de contenido casacional de dicha pretensión invocando la doctrina establecida en las dos sentencias del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2014, recursos 2320/2013 y 2323/2013, con arreglo a la cual la figura del indefinido no fijo no es aplicable a AENA, aunque pertenezca al sector público, porque se trata de una sociedad mercantil estatal cuyo personal laboral está excluido de la aplicación del EBEP. En el mismo sentido se han pronunciado los autos de este Tribunal de 19 de julio de 2018, recurso 234/2018 y 26 de junio de 2108, recurso 90/2018.

5. La sentencia del TC 8/2015, de 22 de enero, explica que las "sociedades mercantiles estatales", aunque forman parte del sector público empresarial estatal, no son Administraciones públicas ( art. 2.2 LRJAP), de manera que "se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y de contratación".

5. Armonización doctrinal.

Una posterior reflexión nos ha llevado a concluir con carácter general que la condición de trabajador indefinido no fijo sí que es aplicable a las sociedades mercantiles estatales. La resolución de la controversia litigiosa requiere partir de que AENA no es una Administración pública, ni una entidad de derecho público. Pero el contrato de trabajo indefinido no fijo no se aplica exclusivamente a las Administraciones públicas ni a las entidades de derecho público, sino que también opera en las entidades del sector público en las que el acceso se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 1.ª 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 1.ª en relación con el art. 55.1 del EBEP, ampliando el ámbito de aplicación de dichos principios a fin de evitar que la contratación temporal irregular permita el acceso a la condición de trabajador fijo de estas empresas del sector público. Se trata de salvaguardar el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público en dichas entidades".

6. Aplicación de nuestra doctrina.

Al contener doctrina errónea la sentencia recurrida, debemos resolver conforme a las previsiones legales para los casos de estimación del recurso. Procede, por tanto, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la estimación del segundo motivo del recurso de casación para la unificación de la doctrina y la consiguiente anulación de la sentencia recurrida en el concreto aspecto referido al pronunciamiento de que las trabajadoras poseen la condición de fijas.

QUINTO.- Resolución.

A) El artículo 228.2 LRJS comienza disponiendo que si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada. En nuestro caso, eso significa que el recurso de casación interpuesto por Aena debe estimarse en su segundo motivo y, paralelamente, desestimar la pretensión de fijeza que las trabajadoras incluyeron en su recurso de suplicación.

De este modo, quedará revocada la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social en cuanto rechazaba la existencia de cesión ilegal; por el contrario, debe proclamarse el carácter indefinido no fijo, con las consecuencias inherentes a ello, de los contratos de trabajo.

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

La estimación parcial de los recursos interpuestos por la empleadora (ante este Tribunal) y por las trabajadoras (ante la Sala del TSJ) debe comportar la devolución de los depósitos constituidos para recurrir y de las cantidades que, en su caso, hubiere consignado o de las garantías aportadas al procedimiento.

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

### FALLO

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

- 1) Estimar parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa AENA, SME, S.A. ("Aena"), representada y defendida por el Letrado Sr. Martín Martín.
- 2) Casar y anular en parte la sentencia n.º 2098/2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), de 12 de diciembre, de modo que el apartado IV de su fallo reconozca a las trabajadoras la condición de indefinidas no fijas.
- 3) Declarar firmes los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida, inclusive el referido a la existencia de cesión ilegal, quedando de ese modo resuelto el recurso de suplicación n.º 1172/2018, interpuesto por las actoras frente a la sentencia n.º 34/2018 de 7 de febrero y el auto de aclaración de 12 de febrero, dictados por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Málaga, en los autos n.º 273/2015, seguidos a instancia de D.ª Asunción y D.ª Belen contra V2 Complementos Auxiliares, S.A., AENA, S.A., Gestió I Servéis Trade Center, S.A., Ilunió Outsourcing, S.A., Control y Servicios Profesionales, S.A., Urbaser, S.A. y Clece, S.A..
- 4) Acordar que cada parte asuma las costas causadas a su instancia como consecuencia de los recursos de referencia, dejando sin efecto la condena acordada por la sentencia de suplicación.
- 5) Ordenar la devolución de los depósitos y consignaciones que Aena hubiera podido constituir para formalizar su recurso.

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

Así se acuerda y firma.