

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3135/2019

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Social**

**Sentencia núm. 552/2021**

Excmas. Sras. y Excmo. Sr.

D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes

D.<sup>a</sup> Concepción Rosario Ureste García

En Madrid, a 18 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Corporación Radio Televisión Española SA representada y asistida por el Abogado del Estado, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 31 de mayo de 2019, recaída en el recurso de suplicación núm. 1288/2018 que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 16 de Madrid, dictada el 11 de septiembre de 2018, en los autos de juicio núm. 239/2017, iniciados en virtud de demanda presentada por D. \_\_\_\_\_ y D.<sup>a</sup>.

\_\_\_\_\_, contra Corporación de Radio y Televisión Española SA, sobre materias laborales individuales.

Ha sido parte recurrida D. \_\_\_\_\_ y D<sup>a</sup>. \_\_\_\_\_  
representados y asistidos por el letrado D. Jon  
Zabala Otegui.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano  
Astaburuaga.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de septiembre de 2018, el Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando la demanda interpuesta por Dña. \_\_\_\_\_ y D. \_\_\_\_\_ contra Corporación Radio y Televisión Española S.A., debo absolver y absuelvo a la demandada de cuantas pretensiones contra ella se dirigían a través del presente litigio.».

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

«PRIMERO- Los actores Dña. \_\_\_\_\_ y D. \_\_\_\_\_ vienen prestando servicios para la empresa demandada CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISION ESPAÑOLA S.A., incluidos en el grupo profesional 1.1 ámbito de ocupación información y documentación, ocupación tipo información y contenidos. Folios 91 y 132. Su relación laboral se desarrolla de la siguiente manera: Dña. \_\_\_\_\_

, 1.- Suscribe contrato de trabajo en prácticas el 29.05.2009, folio 177. Que resulta rescindido el 18.10.2009, folio 178. Se celebra un segundo contrato en prácticas el 19.10.2009, folio 179, prorrogado hasta el 28.05.2011, fecha en que resulta extinguido, folios 180 y 181. 2.- Suscribe contrato de trabajo de duración determinada de interinidad el 27.06.2011. Estableciendo la cláusula sexta que el contrato se celebra para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción, para su cobertura definitiva. En dicho contrato se señala que el trabajador presta servicios como informador en la Dirección de RTVE Medios Interactivos, folio 182. D. \_\_\_\_\_, 1.- Contrato en prácticas celebrado el 15.04.2009, folio 183. Contrato que fue prorrogado en dos ocasiones, folios 184 y 185. Contrato que se extinguió el 14.04.2011, folio 186. 2.- Contrato temporal de interinidad suscrito el 01.07.2011. Estableciendo la cláusula sexta que dicho contrato se celebra para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción, para su cobertura definitiva. En dicho contrato se señala que el

trabajador prestará servicios como informador en la Dirección de RTVE Medios Interactivos, folio 187.

SEGUNDO.- Los actores vienen realizando las funciones que se detallan en el documento aportado al folio 189, que aquí se reproduce.

TERCERO.- Por resolución de 11.01.2015 se modifica la estructura de la Corporación RTVE, siendo suprimida la Dirección de Interactivos dependiente de la Dirección RTVE, pasando su estructura a depender de la Dirección RTVE Digital, lo que se comunicó a ambos demandantes, folios 190 y 192.

CUARTO.- Los actores han participado en la convocatoria para la cobertura de puestos de trabajo, obteniendo los resultados que se recogen en los documentos aportados a los folios 193 y 194, que aquí se reproducen.

QUINTO.- Resulta de aplicación el II Convenio Colectivo de la Corporación RTVE, BOE 31.01.2014.

SEXTO.- El acto de conciliación ante el SMAC de MADRID se celebró en fecha 13.02.2017, habiéndose presentado la papeleta el 26.01.2017, concluyó con el resultado de celebrado sin avenencia.

SÉPTIMO.- La demanda origen de las presentes actuaciones aparece interpuesta en fecha 14.02.2017.».

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, D.

y D<sup>a</sup>. formularon recurso de suplicación y la

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 31 de mayo de 2019, recurso de suplicación nº 1288/2018, en la que consta el siguiente fallo: «Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Doña

y Don contra

sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 16 de los de de Madrid de 11 de septiembre de 2018, en sus autos nº239/2017, en virtud de demanda deducida por los recurrentes contra CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA SA, y con revocación de la resolución judicial de instancia declaramos el carácter indefinido de la relación laboral de los demandantes con la empresa demandada con antigüedad de 29-5-2009 y categoría de informadora en el caso de Doña , y antigüedad de 1-7-2011 y categoría de realizador en el caso de Don , condenando a CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA SA a estar y pasar por ello. Sin costas.».

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Corporación Radio Televisión Española SA, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia

recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 15 de junio de 2009 (RS 427/2008).

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida D. \_\_\_\_\_ y D<sup>a</sup>. \_\_\_\_\_, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de interesar que se declare la procedencia del recurso.

Por D. \_\_\_\_\_ y D<sup>a</sup>. \_\_\_\_\_ se solicitó mediante escrito de fecha 1 de septiembre de 2020 que se procediera a elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a lo que se opuso la parte recurrente Corporación Radio Televisión Española SA. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de interesar que se rechace la petición de elevar cuestión prejudicial al TJUE.

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo el día 18 de mayo de 2021, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-1.-** Se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina si el fraude en la contratación temporal, efectuada por CORPORACIÓN RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA SA, sociedad mercantil de titularidad pública, determina que los trabajadores adquieran la condición de fijos o si procede reconocerles la de indefinidos no fijos.

**2.-** El Juzgado de lo Social número 16 de Madrid dictó sentencia el 11 de septiembre de 2018, autos número 239/2017, desestimando la demanda formulada por \_\_\_\_\_ y D. \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ contra CORPORACIÓN RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA SA sobre DERECHOS, absolviendo a la demandada de las pretensiones contenidas en la demanda en su contra formuladas.

Tal y como resulta de dicha sentencia, los actores vienen prestando servicios para la empresa demandada CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISION ESPAÑOLA S.A., incluidos en el grupo profesional 1.1 ámbito de ocupación información y documentación, ocupación tipo información y contenidos.

DOÑA \_\_\_\_\_ suscribe contrato de trabajo en prácticas el 29.05.2009, rescindido el 18.10.2009. Se celebra un segundo contrato en prácticas el 19.10.2009, prorrogado hasta el 28.05.2011, fecha en que resulta extinguido.

Suscribe contrato de trabajo de duración determinada de interinidad el 27.06.2011, estableciendo la cláusula sexta que el contrato se celebra para cubrir temporalmente un puesto de trabajo de informadora, durante el proceso de selección o promoción, para su cobertura definitiva, señalándose que el trabajador presta servicios como informador en la Dirección de RTVE Medios Interactivos.

Ha presentado el programa en Radio 3 de Radio Nacional de España, como locutora comentarista del programa “Capitán Nemo”, y se ha ocupado de las redes sociales de Radio 3, interviniendo en otros programas de Radio Nacional.

D. \_\_\_\_\_ suscribe contrato en prácticas el 15.04.2009, que fue prorrogado en dos ocasiones, y se extinguió el 14.04.2011.

Suscribe contrato temporal de interinidad el 01.07.2011. estableciendo la cláusula sexta que dicho contrato se celebra para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción, para su cobertura definitiva.

En dicho contrato se señala que el trabajador prestará servicios como informador en la Dirección de RTVE Medios Interactivos.

Por resolución de 11.01.2015 se modifica la estructura de la Corporación RTVE, siendo suprimida la Dirección de Interactivos dependiente de la Dirección RTVE, pasando su estructura a depender de la Dirección RTVE Digital, lo que se comunicó a ambos demandantes.

Los actores han participado en la convocatoria para la cobertura de puestos de trabajo, habiendo obtenido una puntuación que no les permite acceder a los puestos convocados.

**3.-** Recurrída en suplicación por el Letrado D. Jon Zabala Otegui, en representación de \_\_\_\_\_ y D. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 31 de mayo de 2019, recurso número 1288/2018, estimando el recurso formulado y, revocando la sentencia de instancia, declaró el carácter indefinido de la relación laboral de los demandantes con la empresa demandada, con antigüedad de 29 de mayo de 2009 y categoría de informadora, en el caso de DOÑA \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ y antigüedad de 1 de julio de 2011 y categoría de realizador, en el caso de D. \_\_\_\_\_, condenando a la demandada a estar y pasar por ello.

La sentencia entendió que los dos demandantes fueron contratados para la cobertura de dos vacantes de informador en la Dirección de RTVE Medios Interactivos (luego llamada Dirección de RTVE Digital) en el centro de trabajo de Torrespaña y, sin embargo, y desde el mismo momento en que suscribieron sus contratos de interinidad, \_\_\_\_\_ presta servicios como informadora, pero en otro centro en Pozuelo, mientras que \_\_\_\_\_ trabaja en el centro de Torrespaña, llevando a cabo servicios propios de una categoría distinta como realizador y no como informador, lo que es muy revelador de un panorama indiciario fraudulento de la contratación sin causa real que justifique la interinidad, al utilizarse la misma para eludir la contratación indefinida, porque la temporalidad no se presume sino que es preciso acreditar su concurrencia, y mal cabe concluir que las plazas contratadas estén debidamente

identificadas cuando los datos del centro de trabajo y de grupo profesional consignados en el contrato no se corresponden con los propios de la finalmente ocupada.

Continúa razonando que la construcción del indefinido no fijo es inaplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, pues no están obligadas a cumplir con los principios constitucionales del acceso a la función pública, que es a lo que se contrae el mandato del artículo 103.3 de la Constitución.

A las sociedades mercantiles públicas -sector público empresarial- independientemente de que su ámbito sea estatal, autonómico o municipal, no le son aplicables los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, ni tampoco el EBEP, por lo que ninguna razón existe para que el fraude en la contratación implique la declaración de la existencia de una relación laboral indefinida no fija, en lugar de indefinida (ATS 3 de julio 2018, rec. 259/2018).

**4.-**Contra dicha sentencia se interpuso por el Abogado del Estado, en representación de CORPORACIÓN RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA SA, recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 15 de junio de 2009, recurso número 427/2008 .

El Letrado D. Jon Zabala Otegui, en representación de DOÑA  
y D. , ha  
impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha  
de ser declarado procedente.

**SEGUNDO.-1.-** Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 15 de junio de 2009, recurso número 427/2008, estimó el recurso de suplicación interpuesto por CORPORACIÓN RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA SA, frente a la sentencia de fecha 19 de julio de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social número 17 de los de Barcelona, en el procedimiento número 50/2007, revocando parcialmente dicha resolución, en el único sentido de declarar que los demandantes son trabajadores indefinidos y no fijos de la Sociedad Mercantil Estatal Televisión Española SA, desestimando en este punto la demanda y dejando en sus términos los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Consta en dicha sentencia que los actores han suscrito contratos laborales de carácter temporal con la empresa Sala 3 Produccions Videogràfiques SL.

Hasta el 31.12.03, "Sala-3 Produccions Videogràfiques SL" estuvo emitiendo facturas a TVE SA por la realización de trabajos de corresponsalía gráfica realizados en la provincia de Lleida. Desde 1.1.04, las facturas se emiten a nombre del Sr. Anselmo.

La facturación se realiza a razón de determinadas cantidades por programa o evento filmado.

Desde las fechas en que fueron contratados por "Sala-3 Produccions Videogràfiques SL", los demandantes actúan como operadores de cámara y montadores en los eventos, programas y reportajes que se realizan en la delegación que TVE SA posee en Lleida.

Al frente de dicha delegación, prestan servicios, en calidad de redactoras, Francisca y Raimunda, que prestan servicios para TVE SA y son las personas que ordenan a los demandantes los eventos en los que éstos deben participar. A tal efecto, lo habitual es que la orden de que se realice determinado reportaje o se cubra una noticia provenga del centro territorial de Sant Cugat del Vallès o de Madrid. Una vez que la orden se transmite a la redactora ésta, si necesita un cámara, se pone en contacto telefónico con aquel de los



demandantes que esté disponible y le comunica el lugar y la hora en que debe personarse. Una vez allí, el demandante realiza las tareas de grabación y filmación bajo las instrucciones de la redactora. Finalizado el evento, el demandante edita y monta el reportaje y envía el material a Madrid o a Sant Cugat.

Para posibilitar la cobertura durante las veinticuatro horas del día, los dos demandantes y el Sr. Anselmo tienen organizado un sistema de turnos.

Los demandantes realizan las tareas de montaje y edición en las instalaciones de TVE SA.

Los demandantes comunican a TVE SA cada intervención que han realizado mediante un formulario en el que hacen constar las características del evento y las horas invertidas.

Los demandantes perciben su salario con independencia de los eventos en que participen y del número de horas que inviertan.

La sentencia entendió que el peculiar régimen de fraude de ley en las Administraciones Públicas resulta aquí plenamente aplicable. Es aplicable al Ente Público RTVE y a sus sociedades la jurisprudencia relativa a la distinción entre fijeza en plantilla y relación indefinida en la Administración Pública, en la medida en que se trata de una Entidad Pública Empresarial que se rige por su legislación específica y supletoriamente por lo dispuesto en la Ley 6/97 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado - LOFAGE- ( Disposición Adicional 10ª de la propia Ley).

En definitiva, se dispone tanto para el Ente Público, que jurídicamente es Administración Pública, como para las sociedades estatales, que jurídicamente no lo son (aunque su capital pertenece a aquél, por lo que dependen absolutamente de él), que la selección del personal debe obedecer a los mismos principios que rigen en general en el empleo público, como singularidad frente a la regla de actuación en régimen de derecho privado del

Ente y las sociedades. Se enlaza así con la previsión contenida en parecidos términos en el artículo 19 de la ley 30/84 el cual a su vez se relaciona con las previsiones constitucionales sobre la igualdad de los ciudadanos en el acceso al empleo público (arts. 14 y 23 de la Constitución) y con la aplicación para dicho acceso de los principios de mérito y capacidad.

Tratándose, por lo tanto, de un organismo de naturaleza jurídica pública al que le son de aplicación los principios de acceso al empleo, conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad que consagran los artículos 14, 23 y 103.3º de la Constitución, se ha de estar a la línea jurisprudencial desarrollada en la sentencia de 20.1.98 de la Sala 4ª del TS, dictada en Sala General y las posteriores en las que se llega a una integración de la normativa laboral con la administrativa, que establece determinadas exigencias en el acceso al empleo público, concluyendo que "...El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato".

**3.-** Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS.

En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadores que prestan servicios para Corporación Radio Televisión Española SA., en virtud de contratos temporales -en la sentencia recurrida contratos de interinidad suscritos en 2011 para cubrir puesto de trabajo durante el proceso de selección, en la sentencia de contraste suscriben contratos temporales con la empresa Sala-3 Producciones Videografiques SL, prestando servicios en RTVE-. Se ha

considerado en ambos supuestos que ha existido fraude en la contratación. Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que la relación de los demandantes con la empresa tiene carácter indefinido, la de contraste resuelve que el carácter de la relación es de indefinidos no fijos.

No impide la existencia de contradicción que en la sentencia recurrida se aplique la Ley 17/2006, cuando se ha sustituido al Ente por una Sociedad Anónima y se ha suprimido toda previsión a ningún proceso selectivo, en tanto en la de contraste se aplica la Ley 4/1980, cuando existía un Ente público y expresa previsión de procesos selectivos.

En efecto, la cuestión planteada no gira en torno a la existencia de procesos selectivos para el acceso a la Corporación Radio Televisión Española SA., sino a los efectos que se siguen en el supuesto de que se haya incurrido en fraude de ley en la realización de contratos temporales por dicha Corporación.

A estos efectos también es irrelevante, como más adelante se razonará, que en la fecha a la que se refieren los hechos de la sentencia de contraste RTVE tenía la naturaleza de entidad de derecho público, por tanto perteneciente a la Administración Pública, en tanto en la fecha aplicable en la sentencia recurrida tiene el carácter de sociedad mercantil estatal lo que supone pertenece al sector público, pero no a la Administración Pública.

En la propia sentencia de contraste se pone de relieve que las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia tienen la consideración de Administración Pública (artículo 2.2 LRJ-PAC). Las Entidades Públicas Empresariales son organismos públicos, junto con los organismos autónomos (art. 43.1 .b ) y 3 LOFAGE) y se rigen por el derecho privado, excepto en los aspectos específicamente previstos en esta ley o en sus propios estatutos (art. 53.1 y 2 LOFAGE).

Señala que respecto de los posibles paralelismos con la situación de Correos, la constante doctrina unificada del TS sobre el particular, destacando la

sentencia de 28 de marzo de 2007, en RCUUD 5082/2005 en la que se indica respecto de lo que ocurre con las Sociedades Anónimas Estatales y en concreto con Correos y Telégrafos SA, que a pesar de su transformación en SA dichas normas referidas a entidades públicas le eran de aplicación también a Correos y Telégrafos SA sobre argumentos que, recogidos en su origen en varias sentencias de Sala General de fecha 11-4-2006, 2050/05 o 1394/05, reiteradas en muchas otras sentencias posteriores, puede resumirse diciendo que estas Sociedades, a pesar de regirse en términos generales por el derecho privado como específicamente recoge la Disposición Adicional 12ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado -LOFAGE- tienen la excepción que en dicha misma Disposición Adicional se recoge cuando dice que les será de aplicación dicho régimen privado «salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, control financiero y contratación»; se trata, en definitiva de entidades que, a pesar de su condición jurídica de SA pertenecen al sector público estatal como expresamente se reconoce tanto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria - art. 3.2- como en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas -art. 166.1 .c)- 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, de reforma de la función pública -arts. 19 y ss-, o sea por los criterios de «igualdad, mérito y capacidad» acreditados en un proceso público de selección de los legalmente establecidos".

El núcleo esencial de la contradicción radica en si la condición de trabajador indefinido no fijo se aplica a una sociedad mercantil estatal.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

**TERCERO.-1.-**El recurrente alega infracción del artículo 15.1 a) y 3 y la DA 15 del ET; la DA Primera y el artículo 55 del EBEP; el artículo 5.2 de la Ley RTVE, en relación con la DA 29 de la LPGE 2018, con los principios informadores del Capítulo III y los artículos 17, párrafo 1ª y 18 del Convenio Colectivo, con los artículos 37.1 de la CE y 82.1 y 3 del ET y con la jurisprudencia.

En esencia alega que la figura del indefinido no fijo tiene su razón de ser en la necesidad de dar cumplimiento a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo del sector público, de lo que fácilmente se colige que a toda entidad que tenga la obligación legal de cumplir dichos principios, necesariamente le será de aplicación la figura del indefinido no fijo.

**2.-** No ha habido pronunciamientos uniformes de este Tribunal acerca de la controversia litigiosa. Tal y como pone de relieve la sentencia de esta Sala de 17 de junio de 2020, recurso 1911/2018, se han resuelto, no siempre de forma homogénea, los siguientes asuntos:

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

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

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

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

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

DÉCIMO.- 1. En sentido contrario, la sentencia del TS de 18 de septiembre de 2014, recurso 2320/2013, negó que el personal laboral de la sociedad mercantil AENA estuviera incluido en

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

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

4. La sentencia del Tribunal Constitucional 8/2015, de 22 de enero, explica que las "sociedades mercantiles estatales", aunque forman parte del sector público empresarial estatal, no son Administraciones públicas (art. 2.2 LRJAP), de manera que "se 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.-**Las sentencias de esta Sala, adoptadas en Pleno, de 17 de junio de 2020, recursos 2811/2018, 1906/2018 y 2005/2018 y la de 9 de septiembre de 2020, recurso 3678/2017, han declarado el carácter de indefinidos no fijos a los trabajadores al servicio de AENA, que no es una Administración pública, ni una entidad de derecho público, sino una sociedad mercantil estatal.

La primera de las sentencias citadas contiene el siguiente razonamiento:

«UNDÉCIMO.- **1.** La resolución de la controversia litigiosa requiere partir de que AENA no es una Administración pública, ni una entidad de derecho público. Pero el contrato de trabajo indefinido no fijo no se aplica exclusivamente a las Administraciones públicas ni a las entidades de derecho público sino que también opera en las entidades del sector público en las que el acceso se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 1ª en relación con el art. 55.1 del EBEP . Cuando el EBEP ha querido referirse a las entidades del sector público lo ha hecho así expresamente. La mentada disposición adicional amplía la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad a las "entidades del sector público estatal". Estos principios se aplican a entidades que no están mencionadas en el art. 2 del EBEP . El concepto jurídico "entidad del sector público estatal" incluye entidades privadas que, de conformidad con el art. 2 del EBEP , integran el sector público institucional.

**2.** La relación laboral indefinida no fija tiene como finalidad salvaguardar los principios que deben observarse en el acceso al empleo público (no solo a la función pública) a fin de evitar que el personal laboral temporal contratado irregularmente por una entidad del sector público adquiera la condición de trabajador fijo en el puesto que venía desempeñando. Para impedirlo, su condición pasa a ser la de trabajador contratado por tiempo indefinido con derecho a ocupar la plaza hasta que se cubra por el procedimiento previsto o se amortice. Dicha finalidad debe cumplirse también en las entidades públicas cuya normativa prevé el acceso respetando los criterios de igualdad, mérito y capacidad.

**3.** Es cierto que el art. 103 de la Constitución hace referencia al "acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad". Pero el hecho de que la Carta Magna solamente vincule el mérito y la capacidad con el acceso a la función pública no impide que normas con rango legal también puedan exigir el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a empleo público distinto de la función pública, como ha hecho la disposición adicional 1ª en relación con el art. 55.1 del EBEP , ampliando el ámbito de aplicación de dichos principios a fin de evitar que la contratación temporal irregular permita el acceso a la condición de trabajador fijo de estas empresas del sector público. Se trata de



salvaguardar el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público en dichas entidades».

**4.-** Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado que ha de mantenerse por razones de seguridad jurídica y porque no han aparecido datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial, se ha de estimar en parte el recurso formulado.

En efecto, la Corporación de Radio y Televisión Española es una sociedad mercantil estatal con especial autonomía, fijada en el apartado 3 de la disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, dotada de personalidad jurídica y plena capacidad; adopta la forma de sociedad anónima, cuyo capital social será de titularidad íntegramente estatal, gozará de autonomía en su gestión y actuará con independencia funcional respecto del Gobierno y de la Administración General del Estado. (artículo 5 de la Ley 17/2006, de 5 de junio).

Le resulta, por lo tanto, de aplicación la doctrina anteriormente consignada, lo que conduce, como ya se adelantó, a la estimación en parte del recurso formulado por el Abogado del Estado, en representación de CORPORACIÓN RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA SA , y casar y anular la sentencia recurrida.

**CUARTO.-1.-**En fecha 1 de septiembre de 2020 se ha presentado escrito por el Letrado D. Jon Zabala Otegui, en representación de DOÑA

y D.

Interesa que por esta Sala se eleve cuestión prejudicial al TJUE, “al objeto de que clarifique los siguientes puntos:

«1. ¿Puede considerarse conforme al efecto útil de las cláusulas 1 y 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/170, y debidamente traspuesta al Derecho español la obligación establecida en la cláusula 5 referida, la medida consistente en que en caso de contratación temporal abusiva por parte de un empleador público se transforme únicamente la relación en "indefinida no fija", y por lo tanto sin perjuicio de la posibilidad de que el empleador autor del abuso amortice la plaza, o la cubra mediante proceso selectivo o por reingreso del funcionario

sustituido, *sine die*, cuando no existe plazo alguno para llevar a cabo ningún proceso selectivo, ni medida adicional que garantice el cumplimiento de plazo alguno?

2. ¿Puede considerarse conforme a las cláusulas indicadas del Acuerdo Marco, y adicionalmente a la cláusula 4, el hecho de tratar de forma diferenciada a trabajadores de empresas privadas y públicas en cuanto a las consecuencias del abuso en la contratación temporal, atribuyendo a los primeros la condición de indefinidos y a los segundos únicamente la de "indefinidos no fijos", en especial cuando no se trata de relación funcional y/o que implique ejercicio de autoridad, sino laboral ordinaria, y cuando el empleador no es en realidad una Administración Pública en sentido estricto, sino una persona jurídica con forma privada constituida y/o utilizada por su titular público con la finalidad de no someterse a las cortapisas de una Administración y obtener una serie de ventajas propias del ámbito privado de rapidez en la contratación de personal, menores controles, flexibilidad en la extinción de contratos, sin posibilidad de opción del trabajador por la readmisión en caso de despido, etc?».

**2.-** Tal y como ha señalado la sentencia de esta Sala de 11 de marzo de 2018, casación 54/2017:

«El Derecho de la Unión Europea, tanto el originario como el derivado, carece para el Tribunal Constitucional de rango y fuerza constitucionales, pero la doctrina constitucional ha reconocido su primacía, de manera que cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en estos casos el desconocimiento y preterición de la norma europea puede suponer una selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso, que puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ( *STC 232/2015, de 5 de noviembre* , f.º 5).

El planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea corresponde de forma exclusiva e irrevisable al órgano judicial que resuelve el litigio, no existiendo vulneración alguna del *artículo 24.1 CE* cuando dicho órgano estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciados en el litigio y en consecuencia decide no plantear la consulta ( *STC 99/2015, de 25 de mayo* , f.º 3).

Asimismo dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión Europea, según la parte, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria ( *STC 232/2015, de 5 de noviembre* , f.º 5).

Por el contrario, dejar de aplicar una Ley interna, por entender que es contraria al derecho de la Unión Europea, sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, si existe una duda objetiva,

clara y terminante sobre esa supuesta contradicción ( *STC 232/2015, de 5 de noviembre* , fj 5).

Un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso, como sucede en el presente caso, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho comunitario, ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna (por todas, STJUE de 6 de octubre de 1982, *C-283/81, Cilfit*)».

Pues bien, en el presente caso no atisbamos la necesidad de plantear cuestión prejudicial alguna al TJUE, ya que tal proceder no es exigible cuando el órgano judicial que resuelve el litigio no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a las normas de Derecho de la Unión Europea, o sobre su aplicación en relación con los hechos objeto del litigio (*STC 99/2015*), lo que sucede aquí, tal y como hemos razonado más arriba.

A este respecto hay que poner de relieve, como ya se hizo en el fundamento de derecho anterior, que esta Sala ha resuelto cuestión similar a la ahora debatida en las sentencias de 17 de junio de 2020, recursos 2811/2018, 1906/2018 y 2005/2018 y la de 9 de septiembre de 2020, recurso 3678/2017, en las que se ha declarado el carácter de indefinidos no fijos de los trabajadores al servicio de una sociedad mercantil estatal, en este caso de AENA.

## FALLO

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

Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en representación de CORPORACIÓN RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA SA, frente a la sentencia dictada el 31 de

mayo de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación número 1288/2018, interpuesto por el Letrado D. Jon Zabala Otegui, en representación de DOÑA  
y D. , frente  
a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 16 de Madrid el 11 de septiembre de 2018, autos número 239/2017, seguidos a instancia de DOÑA  
y D.  
contra CORPORACIÓN RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA SA  
sobre DERECHOS .

Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar en parte el recurso de tal clase interpuesto por el Letrado D. Jon Zabala Otegui, en representación de DOÑA  
y D. , estimando en parte  
la demanda formulada, denegando el reconocimiento de los actores como personal laboral fijo de la demandada, declarando que son trabajadores indefinidos no fijos.

No procede la condenar en costas.

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.

