



Roj: **STSJ BAL 839/2019 - ECLI: ES:TSJBAL:2019:839**

Id Cendoj: **07040340012019100324**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **23/10/2019**

Nº de Recurso: **183/2019**

Nº de Resolución: **345/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANTONI OLIVER REUS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00345/2019

RSU RECURSO SUPLICACION 0000183 /2019

Procedimiento origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000052 /2018

Sobre: FIJEZA LABORAL

NIG: 07040 44 4 2018 0000242

RECURRENTE/S D/ña Yolanda

ABOGADO/A: OSCAR DIAZ VILCHEZ

RECURRIDO/S D/ña: FUNDACIO BIT BALEAR D'INNOVACIO I TECNOLOGIA

ABOGADO/A: LETRADO DE LA COMUNIDAD

Ilmos. Sres.:

D. Antoni Oliver Reus, presidente

D. Alejandro Roa Nonide

D. Víctor Manuel Casaleiro Ríos

En Palma de Mallorca, a 23 de octubre de 2019 .

Esta Sala ha visto el recurso de suplicación n.º 183/19 formalizado por el letrado D. Oscar Diaz Vilchez, en nombre y representación de D.^a Yolanda , contra la sentencia nº 360/18 de fecha 14 de septiembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Palma de Mallorca, en sus autos demanda PO n.º 52/18, seguidos a instancia de la parte recurrente, frente a la Fundació Bit Balear d'Innovació i Tecnologia, representada por el letrado de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, en materia de fijeza laboral, siendo magistrado-ponente el Ilmo. Sr. D. Antoni Oliver Reus, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

PRIMERO. - D.^a Yolanda , con DNI N.º NUM000 , presta servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada con antigüedad de 25.4.2005, categoría profesional de teleoperadora incluida en el grupo D del Convenio aplicable y retribución según Convenio, en los siguientes períodos:

- BITEL BALEARS INNOVACIO TELEMATICA SA, de 25.4.2005 A 25.5.2005, CT 501



- BITEL BALEARS INNOVACIO TELEMATICA SA, de 6.6.2005 a 5.8.2005, CT 502.
 - BITEL BALEARS INNOVACIO TELEMATICA SA, de 6.8.2005 a 31.10.2012, CT 501
 - FUNDACIO BALEAR D'INNOVACIO I TECNOLOGIA, de 1.11.2012 a la actualidad, CT 501.
- (Documental y no controvertido)

A la relación laboral le es de aplicación el Convenio

Colectivo Estatal de Contact Center. (No controvertido)

SEGUNDO. - La actora accedió a su contratación en BITEL mediante selección llevada a cabo por la propia empresa, cuya oferta se anunció en periódicos como el Diario de Mallorca los días 13 y 14 de agosto de 2015, habiendo aportado la actora currículum vitae al efecto. (Doc. nº 2, ramo de prueba de la demandada)

TERCERO. - La FUNDACIÓ BIT BALEAR D'INNOVACIÓ I TECNOLOGIA se constituyó el 02/10/2012, siendo inscrita y reconocida como Fundación del sector público instrumental en el Registro de Fundaciones de la CAIB el 15/10/2012. Se trata de una entidad de titularidad pública, de naturaleza institucional, con personificación privada y cuyo órgano de gobierno es el Patronato, cuyo objeto social es ejecutar las estrategias de I+D del Govern de les Illes Balears mediante el fomento de las nuevas tecnologías y el espíritu emprendedor de base tecnológica. Está adscrita a la Vicepresidencia y Consejería de Innovación, Investigación y Turismo. Sus trabajadores provienen de tres entidades distintas: BITEL, S.A. (caso de la actora), Fundació Ibit y ParcBit Desenvolupament, S.A. El cambio de entidades se enmarca dentro del proceso de reestructuración del sector público instrumental, tras el acuerdo del Consejo de Gobierno de 07/09/2012, publicado en el

BOIB de 13/09/2012. Los trabajadores de BITEL, S.A. y ParcBit Desenvolupament, S.A. se integraron en la nueva FUNDACIÓ BIT BALEAR D'INNOVACIÓ I TECNOLOGIA el 01/11/2012 y los de Fundació Ibit el 01/01/2013. (No controvertido)

CUARTO. - El departamento de Call Center de la Fundación, colabora con el IB-Salut desde el año 2012, llevando a cabo el proyecto de informatización de los centros de salud y el servicio telefónico de cita previa sanitaria. Dicha encomienda de gestión del Servicio de Salud a la Fundación sigue vigente actualmente, según resolución del Director General del Servei Salut de 04/05/2017. (No controvertido)

QUINTO. - Actualmente, todavía se está tramitando y negociando la clasificación del personal de la Fundación y adaptación de sus retribuciones a la DA 15ª de la Ley 15/2012 de 27 de diciembre de presupuestos generales de la CAIB para 2013. (No controvertido).

La actora ha sido clasificada provisionalmente como temporal (doc. nº 4 ramo de prueba de la demandada, de fechado en 20.2.2018, que la actora firma en disconformidad el 17.4.2018 por estar a la espera de juicio).

SEXTO. - Se ha agotado la vía conciliatoria previa.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Dña. Yolanda contra Fundació Bit Balear dInnovació i Tecnologia, debo DECLARAR y DECLARO que la relación laboral que une a la actora con la demandada es de carácter indefinido no fijo condenando a la demandada a estar y pasar por la presente declaración, así como a los efectos inherentes a la misma.

TERCERO.- Contra dicha resolución se formalizó recurso de suplicación por la representación de Dª. Yolanda, habiendo sido impugnado por la representación de la Fundació Bit Balerar D'innovació i Tecnològia.

CUARTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 18 de octubre de 2019, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO. La parte demandante formula recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social en la que se estimó en parte su demanda y se declaró que la relación laboral que une a la demandante con la fundación demandada es de carácter indefinido no fijo.

El recurso articula un único motivo por la vía del artículo 193 c) LRJS para denunciar aplicación indebida de la Ley 7/2007 de 12 abril del Estatuto Básico del Empleado Público y artículos 23 y 103 de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 6 julio 2016.



Se sostiene que conforme a la mencionada doctrina jurisprudencial debe reconocerse a la demandante la condición de trabajadora fija y se añade, además, que en el presente caso tuvo lugar un procedimiento publicado en similares términos que los enjuiciados en la sentencia de esta Sala de 19 junio 2017.

La cuestión que se nos plantea ha sido resuelta en relación a la misma demandada en nuestra sentencia de 28 de septiembre de 2018 (RCUD 252/2018) a cuyos fundamentos nos remitimos.

En concreto, en relación al procedimiento de contratación y la oferta publicada en el periódico Diario de Mallorca a la que se hace referencia en el hecho probado segundo, dijimos lo siguiente:

Efectivamente, si bien es cierto que el procedimiento de publicidad debería ser un procedimiento idóneo y más completo, no conformándose con la publicidad referida en el procedimiento, al menos tuvo lugar, sin que en su caso deficiente configuración pueda aprovechar precisamente a quien precisamente estableció ese medio publicidad del procedimiento. No consta otra circunstancia al respecto que hubiera sido introducida por la demandada y que condujera a entender un incumplimiento indebido del requisito de publicidad. Y en la misma línea respecto a los principios de mérito y capacidad, habiendo aportado la parte demandante su currículum, en función del requisito publicado previamente, sin que tampoco haya sido aportado por la demandada a juicio elementos que desacreditaran el procedimiento por haber faltado a los principios de igualdad.

Además, con carácter general, en relación al incumplimiento de los principios de igualdad mérito y capacidad en la STS de 6 de julio de 2016 (RSU 229/2015) con cita de la anterior STS 18 septiembre 2104 (rec. 2323/2013) se declara que *la construcción del indefinido no fijo es aplicable 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 . Las relaciones con su personal laboral se rigen por el derecho privado y se declara que tanto el art. 23.2 como el 103.3 de la Constitución se refieren al acceso a la función pública, inaplicables aquí pues se trata de trabajadores que mantienen una relación laboral común con una entidad empresarial con forma societaria. La Constitución solo contempla el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad con respecto a las funciones y cargos públicos. Solo el acceso a las funciones públicas debe regirse igualmente por los principios constitucionales en cuestión.*

En el mismo sentido en la sentencia la sentencia de 20 octubre de 2015 (rec. 172/2014; Pleno) se declaró lo siguiente:

No cabe equiparar el régimen jurídico correspondiente al sector público «administrativo» con el sector público «empresarial», pues «el factor diferencial entre una y otra categoría de trabajadores se encuentra en la diferente estructura en la que se incardinan, que los convierte en grupos o categorías personales diferentes que admiten la atribución por el legislador de consecuencias jurídicas distintas» (ya citada STC 8/2015 , mismo FJ 9.a);

Es reiterado criterio del Tribunal Constitucional que en los contratos laborales no se aplica el art. 23.2 CE (así, SSTC 86/2004, de 10/Mayo, FJ 4 ; 132/2005, de 23/Mayo, FJ 2 ; y 30/2007, de 15/Febrero , FJ 8);

Incluso en el ámbito del sector público propiamente «administrativo» se ha mantenido que «el derecho que consagra el art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal» (SSTC 24/1990, de 15/Febrero ; 25/1990/19/Febrero ; 26/1990, de 19/Febrero ; 149/1990, de 1/Octubre ; y 156/1998, de 13/Julio , FJ 3), y que «el rigor con el que operan los principios constitucionales que se deducen de este derecho fundamental no es el mismo según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo», pues en sus vicisitudes «cabe manejar otros criterios que no guarden relación con estos principios» de mérito y capacidad, «en atención a una mayor eficacia en la prestación de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales» (SSTC 192/1991, de 14/Octubre ; 200/1991, de 28/Octubre ; 293/1993, de 18/Octubre ; 365/1993, de 13/Diciembre ; 87/1996, de 21/Mayo ; y 38/2014, de 11/Marzo FJ 6).

Siguiendo tal doctrina en nuestra sentencia de 24 de mayo de 2018 (RSU 465/2017), en relación a una sociedad mercantil de titularidad pública declaramos que en la DA 1ª del EBEP se establece la aplicación general a todas las entidades del sector público estatal, autonómico y local de los principios rectores del acceso al empleo público contenidos en el artículo 55, entre los que se incluyen los de igualdad, mérito y capacidad, así como los de publicidad de las convocatorias y de sus bases, entre otros.

Sin embargo, como se advierte también en la mencionada STS de 6 de julio de 2016, en relación al personal de los entes públicos instrumentales sometidos al derecho privado *aunque han de respetarse las exigencias del derecho a la igualdad y la no discriminación, estas no pueden tener el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas (...) los derechos fundamentales y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente haciéndoles compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad.*



Y lo mismo cabe decir respecto de los demás principios rectores del acceso al empleo público y conviene advertir que es difícil encajar una exigencia de riguroso cumplimiento de los principios rectores del acceso al empleo público para la contratación del personal laboral de las fundaciones públicas con el hecho de que esa contratación no supone ingreso en la función pública, ni la adquisición de la condición de empleado de la Administración Pública, no siendo aplicable a este personal laboral muchas de las garantías establecidas para el empleado público, como por ejemplo la regla sobre readmisión del personal laboral fijo en los supuestos de despido declarado improcedente, tratándose de personal que no puede optar a ninguna plaza, ni por ascenso ni por traslado, fuera de la entidad que lo ha contratado.

En relación a los organismos de naturaleza privada de titularidad pública, sociedades mercantiles y fundaciones, el artículo 49.2 de la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, establece lo siguiente:

El personal laboral al servicio de estos organismos se rige, además de por las disposiciones contenidas en el Estatuto básico del empleado público que le sean de aplicación y por el resto de normas laborales y convencionales aplicables al personal de esta naturaleza, por los preceptos de la presente ley y por las normas que la desarrollen, así como por las normas de empleo público de la comunidad autónoma de las Illes Balears que, en el marco de lo establecido en la disposición adicional primera del Estatuto básico del empleado público, lo dispongan expresamente.

No cabe duda, por tanto, que el contrato de trabajo del personal al servicio de la sociedad demandada se rige por el derecho laboral.

Finalmente, conviene advertir que la vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público puede ser denunciada por quien haya sido injustamente preterido o por los representantes de los trabajadores, pero es más que dudoso que pueda invocarse por la propia fundación de titularidad pública que habría propiciado tal vulneración, cuando la finalidad perseguida no es la restauración de los derechos vulnerados sino el mantenimiento del fraude de Ley en la contratación temporal mediante la figura del indefinido no fijo.

Siendo esto así no siendo controvertido que la contratación de la demandante ha incurrido en fraude de ley, debe aplicarse a consecuencia establecida en la legislación laboral para esta situación, que no es otra que el reconocimiento del carácter fijo de la relación laboral, al no haberse desvirtuado la presunción establecida en el artículo 15.3 ET.

En consecuencia, prospera el motivo y con ello el recurso, que se estima para revoca la sentencia recurrida y en su lugar, entrando a resolver la cuestión planteada en la instancia, reconoce a la demandante la condición de trabajadora fija de la fundación demandada.

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

FALLO

Estimar el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D.^a Yolanda contra la sentencia n.º 360/18 de fecha 14 de septiembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Palma de Mallorca, en sus autos demanda PO n.º 52/18, **la cual se revoca** y deja sin efecto y en su lugar, entrando a resolver la cuestión planteada en la instancia, se declara que la demandante ostenta la condición de trabajadora fija de la demandada Fundació Bit Balear d'Innovació i Tecnologia.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA** ante la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por abogado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos **218** y **220** y cuya forma y contenido deberá adecuarse a los requisitos determinados en el art.º **221** y con las prevenciones determinadas en los artículos **229** y **230** de la **Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social**.

Además si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en el **Santander** (antes Banco Español de Crédito, S.A.(BANESTO), sucursal de Palma de Mallorca, **cuenta número0446-0000-65-0183-19** a nombre de esta Sala el **importe de la condena** o bien aval bancario indefinido



pagadero al primer requerimiento, en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al número de cuenta de Santander (antes Banesto: IBAN ES55 0049-3569-92- 0005001274) y en el campo "Beneficiario" introducir los dígitos de la cuenta expediente referida en el párrafo precedente, haciendo constar el órgano "Sala de lo Social TSJ Baleares".

Conforme determina el artículo 229 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregando en esta Secretaría al tiempo de preparar el recurso la consignación de **un depósito de 600 euros**, que deberá ingresar en la entidad bancaria **Santander** (antes Banco Español de Crédito, S.A. (BANESTO), sucursal de la calle Jaime III de Palma de Mallorca, cuenta número **0446-0000-66-0183-19**.

Conforme determina el artículo 229 de la LRJS, están exentos de constituir estos depósitos los trabajadores, causahabientes suyos o beneficiarios del régimen público de la Seguridad social, e igualmente el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

En materia de Seguridad Social y conforme determina el artículo 230 LRJS se aplicarán las siguientes reglas:

- a) Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, para que pueda recurrir el condenado al pago de dicha prestación será necesario que haya ingresado en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, con objeto de abonarla a los beneficiarios durante la sustanciación del recurso, presentando el oportuno resguardo. El mismo ingreso de deberá efectuar el declarado responsable del recargo por falta de medidas de seguridad, en cuanto al porcentaje que haya sido reconocido por primera vez en vía judicial y respecto de las pensiones causadas hasta ese momento, previa fijación por la Tesorería General de la Seguridad social del capital costa o importe del recargo correspondiente.
- b) Si en la sentencia se condenara a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, ésta quedará exenta del ingreso si bien deberá presentar certificación acreditativa del pago de la prestación conforme determina el precepto.
- c) Cuando la condena se refiera a mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, el condenado o declarado responsable vendrá obligado a efectuar la consignación o aseguramiento de la condena en la forma establecida en el artículo 230.1.

Conforme determina el art. 230.3 LRJS los anteriores requisitos de consignación y aseguramiento de la condena deben justificarse, junto con la constituir del depósito necesario para recurrir en su caso, en el momento de la preparación del recurso de casación o hasta la expiración de dicho plazo, aportando el oportuno justificante. Todo ello bajo apercibimiento que, de no verificarlo, podrá tenerse por no preparado dicho recurso de casación.

Guárdese el original de esta sentencia en el libro correspondiente y líbrese testimonio para su unión al Rollo de Sala, y firme que sea, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia junto con certificación de la presente sentencia y archívense las presentes actuaciones.

Así se acuerda y firma.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de la fecha por el Ilmo. Sr. magistrado - ponente que la suscribe, estando celebrando audiencia pública y es notificada a las partes, quedando su original en el Libro de Sentencias y copia testimoniada en el Rollo.- Doy fe.