



Roj: **STS 160/2021 - ECLI:ES:TS:2021:160**

Id Cendoj: **28079140012021100053**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/01/2021**

Nº de Recurso: **71/2020**

Nº de Resolución: **96/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ BAL 1013/2019,**
STS 160/2021

CASACION núm.: 71/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Concepción Rosario Ureste García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 96/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Ángel Blasco Pellicer

D.^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 26 de enero de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación formalizado por el Letrado de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en representación de la Fundación de Atención y Soporte a la Dependencia y Promoción de la Autonomía Personal de las Islas Baleares (FASDPAPIB), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en fecha 2 de diciembre de 2019 [autos 4/2018], en actuaciones seguidas por la Unión Autonómica de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) frente a FASDPAPIB, Sindicato Comisiones Obreras (CCOO), Sindicato Unión General de Trabajadores (UGT), Unión Sindical y de Auxiliares de Enfermería (USAE) Sindicato SATSE y Trabajadores Independientes de la Fundación (TIF), sobre conflicto colectivo.

Han comparecido en concepto de recurridos los Letrados D.^a Juana, D.^a Loreto, D. Luis Enrique y D.^a Maite en la representación que ostentan, respectivamente, de CCOO, CSIF, UGT y USAE.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Concepción Rosario Ureste García.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por D^a Loreto , Letrado, en representación de la Unión Autonómica de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), se presentó demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, sobre conflicto colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: "1. La condición de personal de la Fundación como "Fijo de Empresa con carácter Indefinido". A todo el personal que lleve más de 3 años en condición de Interino. 2. Subsidiariamente al personal que no puedan adquirir dicha condición por su tipo de contrato o en fraude de ley o en su caso por falta de años de interinaje de no estimarse la anterior pretensión, se reconozca el derecho de todos ellos a ser considerados como Indefinidos no fijos. 3. Se condene a la demandada a estar y pasar por dicha declaración".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que se practicaron las pruebas que fueron admitidas, con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

TERCERO.- Con fecha 2 de diciembre de 2019, se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, cuya parte dispositiva dice: "Estimamos la demanda presentada por la Unión Autonómica de Baleares de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) frente a la Fundación de Atención y Soporte a la Dependencia y Promoción de la Autonomía Personal de les Isles Balears (FASDPAPIB), Sindicato Comisiones Obreras (CCOO), Sindicato Unión General de Trabajadores (UGT), Unión Sindical y de Auxiliares de Enfermería (USAE), Sindicato SATSE y Trabajadores independientes de la Fundación (TIF), declaramos la fijeza de las relaciones laborales en la fundación demandada del colectivo de trabajadores demandantes, con las consecuencias legales inherentes".

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO. El sindicato demandante CSIF actúa en representación de colectivo trabajadores demandantes que cubren puestos de trabajo como personal interino por vacante en la Fundación de Atención y Soporte a la Dependencia y Promoción de la Autonomía Personal de las Islas Baleares (FASDPAPIB), contando con la mayor representación sindical. El personal laboral afectado por el presente conflicto colectivo según la demanda presentada -personal interino por vacante de más de tres años- asciende aproximadamente a 228 trabajadores de cerca de 500 trabajadores que prestan servicios en la fundación, que cuenta con centros de trabajo ubicados en las Islas de Mallorca, Ibiza y Menorca. SEGUNDO. Las ofertas de los puestos de trabajo de los trabajadores demandantes para prestar servicios para la FASDPAPIB han venido realizándose a través del Servicio de Ocupación de Islas Baleares (SGIB), publicaciones en el BOIB, anuncios en la prensa, o bolsas de trabajo formadas por asistencia a los cursos de dependencia impartidos; existiendo personal subrogado desde la anualidad de 2.008 de la UTE Clece Libera. Las bases de las bolsas de trabajo establecían que las contrataciones laborales eran de tipo temporal para cubrir puestos de trabajo durante el procedimiento de selección pendiente de convocatoria de forma definitiva, que no ha tenido lugar. El modo de designación de los puestos de trabajo ha consistido en la revisión de los currículums y entrevistas personales, contando con unas bases que señalan los requisitos de los candidatos y los haremos para valorar los méritos. La FASDPAPIB cuenta en la plantilla con personal fijo; y así con fecha 15 abril 2019 consta comunicación de la Gerencia sobre clasificación de personal indefinido no fijo como personal fijo de empresa. TERCERO. En la Comisión de Supervisión, Análisis y Propuesta de Reestructuración del Sector Público Instrumental de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares -creada por decreto 40/16 de 15 julio- en su sesión celebrada 22 septiembre 2017 fueron aprobados los criterios técnicos y jurídicos para resolver la clasificación del personal laboral al servicio de los entes que integran el sector público-instrumental, obrando en el anexo segundo cuyo contenido ha de darse por reproducido por reproducido, específicamente en su apartado 6 constan los criterios de clasificación del personal de las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público, y en su apartado 7 los supuestos de subrogación empresarial a sociedades mercantiles y fundaciones del sector público. En la sesión celebrada el 22 junio 2018 de esta Comisión fue tomado el acuerdo de efectuar la recomendación para que fueran revisados los expedientes del personal no clasificable de la sociedad mercantiles y las fundaciones del sector público y sean clasificados como personal fijo de empresa con carácter indefinido independientemente de la fecha de adquisición de la condición de indefinido de acuerdo con la normativa laboral vigente cada momento y siguiendo la doctrina establecida en el auto de 22 marzo 2018 del Tribunal Supremo. En acta de 20 noviembre 2018 de la FASDPAPIB y el Comité intercentros fue acordada la clasificación de! personal con contrato de Interinidad de más de tres años como personal fijo indefinido, iniciando desde enero un proceso de consolidación de las plazas respectivas. El acta de 17 diciembre 2018 del Patronato de la FASDPAPIB incluye la ratificación el acuerdo del Comité intercentros de 20 noviembre 2018. CUARTO. La FASDPAPIB es una fundación que pertenece al sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, conforme a la Ley 7/2007, de 21 julio. Dispone de Estatutos aprobados mediante resolución de la Presidencia del Patronato y que han sido publicados en el Boletín Oficial de Islas Baleares de 1 junio 2017. El Convenio Colectivo de la fundación ha sido publicado en el BOIB de 17 mayo 2018. QUINTO. El acto de conciliación ante el TAMIB tuvo lugar el 22 octubre 2018".



QUINTO.- Con fecha 17 de enero de 2020 se dictó auto en el que consta la siguiente parte dispositiva: "La Sala acuerda precisar en el fundamento de derecho cuarto que la resolución judicial del Tribunal de 22 marzo 2018 es un auto".

SEXTO.- En el recurso de casación formalizado por la representación procesal de la FASDPAPIB, se consignaron en un único motivo, dividido en submotivos, al amparo del artículo 207 e) de la LRJS, las siguientes infracciones:

a) Disposición Adicional 1ª, en relación con los arts. 2 y 55 EBEP, con vulneración del art. 3.1 CC, y de los arts. 14, 23.2 y 103.3 CE.

b) Infracción de la doctrina contenida en la sentencia TS de 23/11/16, rec. 91/16, resolviendo la sentencia recurrida en base a doctrina de sentencias anteriores y superadas del propio TS.

c) Infracción de los arts. 23 y 49 Ley 7/10, de 21 de julio, del Sector Público Instrumental de la CA de las Islas Baleares, en relación con el art. 45 de la Ley 3/07, de 27 de marzo, de la Función Pública de la CA, con aplicación supletoria del art. 46.4 de la Ley 50/02, de Fundaciones, de 26 de diciembre.

d) Infracción de los arts. 20, 24, 26, 27 y 33 del Convenio Colectivo de la Fundación, normativa relativa a la selección de personal y provisión de puestos de trabajo.

e) Se reitera la infracción de la doctrina contenida en la sentencia de la Sala de lo Social del TS de 23/11/16.

SÉPTIMO.- Transcurrido el plazo concedido para impugnación del recurso, se presentaron escritos a tal efecto por los Letrados Dª Juana, Dª Loreto, D. Luis Enrique y Dª Maite en la representación que ostentan respectivamente de CC.OO., CSIF, UGT y USAE, siendo emitido informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar desestimado o procedente en su petición subsidiaria la desestimación del recurso.

OCTAVO.- Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 26 de enero de 2021, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El Letrado de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en representación de la Fundación de Atención y Soporte a la Dependencia y Promoción de la Autonomía Personal de las Islas Baleares (FASDPAPIB), impugna la sentencia que, estimando la demanda sobre conflicto colectivo, declara la fijeza de las relaciones laborales en la Fundación demandada del colectivo de trabajadores afectados: personal interino por vacante de más de tres años, en un número aproximado de 228 trabajadores.

2. De la resolución impugnada, STSJ IB de 2.12.2019 (4/2018), objeto de auto de aclaración de fecha 17.01.2020, destacan los siguientes elementos fácticos: sobre la forma de realización y modo de publicación de las ofertas de trabajo, las bases de las bolsas de trabajo estableciendo específicamente que las contrataciones laborales eran de tipo temporal para cubrir puestos de trabajo durante el procedimiento de selección, los requisitos y baremos de valoración de méritos, modos de designación (revisión de CV y entrevistas personales), y la contratación de los trabajadores mediante dichos contratos de tipo temporal como interinos para cubrir puestos de trabajo hasta que el proceso selectivo tuviese lugar, lo cual no ha acaecido. La creación de una Comisión de Supervisión, Análisis y Propuesta de Reestructuración del Sector Público Instrumental de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, entre cuyos acuerdos figura el de efectuar recomendación para revisar los expedientes del personal no clasificable de las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público y sean clasificados como personal fijo de empresa con carácter indefinido, independientemente de la fecha de adquisición de la condición de indefinido de acuerdo con la normativa laboral vigente cada momento y siguiendo la doctrina establecida en el auto de 22.03.2018 del Tribunal Supremo. En acta de 20.11.2018 de la FASDPAPIB y el Comité intercentros, fue acordada la clasificación del personal con contrato de Interinidad de más de tres años como personal fijo indefinido, iniciando desde enero un proceso de consolidación de las plazas respectivas. El acta de 17.12.2018 del Patronato de la FASDPAPIB incluye la ratificación del acuerdo del Comité intercentros de 20.11.2018.

Su fundamentación, constatando la adecuación de la modalidad de conflicto colectivo articulada, y descartando el alcance interpretativo del art. 70 que se postulaba, matiza que la situación generada es de larga duración al haberse superado los 12 años a efectos de la promoción del sistema de empleo que la demandada defendía. Acoge sin ambages la declaración de la condición laboral de indefinidos no fijos del colectivo demandante como pretensión subsidiaria, conforme a nuestra sentencia de 24.04.2019, que avala que como mínimo que el reconocimiento de este derecho ha de tener cabida. Pero da un paso más respecto a la pretensión relacionada con la estimación de la condición de trabajadores fijos, que afirma de manera definitiva: por mor de la existencia de fraude en la contratación laboral temporal y sustento en el art. 15 TRLET, validando



el procedimiento de selección diseñado, que no empañan la inexistencia de mayores cotas de exigencias procedimentales (las deficiencias han de imputarse a la parte que las provoca), con el sumatorio del principio de los actos propios de la Administración en el seno de la Comisión ya descrita, del Comité intercentros y de la propia Fundación. El último aserto dice que la naturaleza jurídica de la empleadora tampoco es un óbice para el reconocimiento del derecho con el alcance de fijeza.

3. Por el Ministerio Fiscal se ha informado que el recurso debe ser desestimado atendida su defectuosa formulación o declarado procedente en cuanto a su petición subsidiaria.

Por su parte, han presentado escritos de impugnación al recurso CSIF, CC.OO., UGT y USAE.

- CSIF opone en primer término la falta de contenido casacional y el haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales; respecto del fondo, asevera que la demandada no realiza ni una sola alegación al fraude en la contratación temporal, ni justifica la temporalidad, ni ofrece elementos que puedan hacer ver la legalidad de las contrataciones temporales efectuadas en su día y que, en algunos casos se han alargado durante más de 12 años. Argumenta a continuación la condición de organismo de titularidad pública de naturaleza institucional con personificación privada de FASDPAPIB, no resultándole de aplicación las normas del EBEP, así como las diferencias existentes con el supuesto invocado por el recurrente (STS 983/2016, de 23.11) y entre la normativa específica y la autonómica, careciendo por ende de valor la infracción invocada de contrario. Niega igualmente la quiebra del convenio colectivo, siendo la demandada la que ha incumplido sistemáticamente la cobertura de puestos de trabajo. Reseña al efecto la doctrina de los actos propios y concluye que procedía la declaración de fijeza de la relación laboral acogiendo la voluntad de la Comisión de Reestructuración del Sector Público Instrumental de la CCAAIB. Postula in fine la imposición de costas.

- USAE impugna el recurso destacando las líneas fundamentales de la sentencia de instancia para petitioner su confirmación íntegra, e incide así en el contexto de utilización claramente abusiva en el tiempo al que otorga respuesta.

- CCOO entiende también que debe confirmarse la resolución recurrida, y que nos encontramos ante contratos temporales que han devenido fraudulentos.

- UGT afirma que el recurso no puede prosperar por cuestiones de forma -aduce una exposición deslavazada e inconcreta-, y subsidiariamente tampoco por el fondo que plantea.

SEGUNDO.- 1. Aunque la Fundación demandada estructura su escrito de recurso en un único motivo al amparo del artículo 207 e) de la LRJS, lo desglosa en los siguientes apartados e infracciones:

a) Disposición Adicional 1ª, en relación con los arts. 2 y 55 EBEP, con vulneración del art. 3.1 CC, y de los arts. 14, 23.2 y 103.3 CE.

b) Infracción de la doctrina contenida en la sentencia TS de 23/11/16, rec. 91/16, resolviendo la sentencia recurrida en base a doctrina de sentencias anteriores y superadas del propio TS.

c) Infracción de los arts. 23 y 49 Ley 7/10, de 21 de julio, del Sector Público Instrumental de la CA de las Islas Baleares, en relación con el art. 45 de la Ley 3/07, de 27 de marzo, de la Función Pública de la CA, con aplicación supletoria del art. 46.4 de la Ley 50/02, de Fundaciones, de 26 de diciembre.

d) Infracción de los arts. 20, 24, 26, 27 y 33 del Convenio Colectivo de la Fundación, normativa relativa a la selección de personal y provisión de puestos de trabajo.

e) Se reitera la infracción de la doctrina contenida en la sentencia de la Sala de lo Social del TS de 23/11/16.

2. En orden a resolver las cuestiones deducidas, resulta imprescindible partir de la siguiente cobertura normativa:

- Los propios Estatutos de la Fundación -modificados el 9.03.2016 (BOIB 1.07.2017)- que recogen que es un organismo de titularidad pública de naturaleza institucional con personificación privada, sin ánimo de lucro, cuyo patrimonio se encuentra afectado de manera duradera al cumplimiento de las finalidades de interés general que detallan en el art. 6. Se rige por la Ley 50/2002, de 26 de Diciembre, de Fundaciones; por el Decreto 61/2007, de 18 de Mayo, por el cual se regula el Registro Único de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y de regulación del ejercicio del protectorado; por la Ley 7/2010, de 21 de Julio, del sector público instrumental de la CCAAIB y por las demás disposiciones y acuerdos que aquellos relacionan, disponiendo así mismo la aplicación del ordenamiento jurídico privado, excepto en los aspectos establecidos en la Ley 7/2010, de 21 de julio, y en el resto de normativa de derecho público que le sea de aplicación.



- Según la revisión de dichos Estatutos por acuerdo del Patronato de 22.11.2017, registrado y publicado en BOIB 17.03.2018, el art. 33, intitulado Personal, determina que El personal de la Fundación se rige por la legislación laboral aplicable y por las disposiciones de la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears relativas al régimen de personal. En todo caso, como mínimo, es de aplicación a todo el personal la regulación establecida en el Estatuto Básico del Empleado Público en cuanto a los deberes de los empleados públicos y el código de conducta, los principios éticos, los principios de conducta, los principios rectores del acceso al empleo público y las normas reguladores de la reserva de cuota para personas con discapacidad.

Así mismo, la selección del personal se ajustará a los sistemas y los procedimientos que se establecen en la Ley de Función Pública de las Illes Balears.

- En lo concerniente al régimen de personal, el texto al que aquellos se remiten - Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BOE 19.08.2010)- estableció en su art. 23 lo que sigue: 1. El personal al servicio de los entes del sector público instrumental de la comunidad autónoma de las Illes Balears puede ser personal funcionario o personal laboral. El ejercicio de las funciones que impliquen la participación en el ejercicio de potestades administrativas corresponde exclusivamente al personal funcionario. En los entes del sector público instrumental no se permite el nombramiento de personal eventual. 2. El personal al servicio de estos entes instrumentales se rige por la legislación aplicable en cada caso y por las disposiciones de la presente ley. En todo caso, y como mínimo, es de aplicación a todo el personal al servicio de estos entes la regulación establecida en el Estatuto básico del empleado público en cuanto a los deberes de los empleados públicos y el código de conducta, los principios éticos, los principios de conducta, los principios rectores del acceso al empleo público y las normas reguladoras de la reserva de cuota para personas con discapacidad. Asimismo, la selección del personal se ajustará a los sistemas y procedimientos que se establecen en la Ley de función pública de las Illes Balears. 3. Sin perjuicio de lo establecido en la Ley de función pública de la comunidad autónoma de las Illes Balears para los organismos autónomos, los entes del sector público instrumental han de disponer de una relación de puestos de trabajo propia como instrumento de ordenación de sus recursos humanos. 4. Reglamentariamente han de establecerse los mecanismos para controlar y salvaguardar el cumplimiento de los principios y de las normas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo, así como el cumplimiento de los límites presupuestarios y de ocupación en la contratación o en el nombramiento del personal que se deriven de las leyes de presupuestos generales de la comunidad autónoma. 5. Las entidades del sector público instrumental de la comunidad autónoma que no disponen de junta de personal deben someter las ofertas públicas de ocupación y las bases generales de las convocatorias de selección de personal a la negociación de la mesa general de negociación de la Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears.

3. En el marco jurisprudencial de referencia situamos las SSTS (Pleno) de 18 de junio de 2020, rcud 1911/2018, 2005/2018 y 2811/2018, y de 2.07.2020, rcud 1906/2018, que paralelamente debatían la determinación de la condición de "trabajador indefinido no fijo", aunque respecto de sociedades mercantiles estatales. Destacaremos los pasajes que coadyuvan a otorgar la pertinente respuesta en esta litis: "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".

Y respecto de las condiciones de acceso al empleo en tales sociedades, tratábamos de esclarecer si debían ser las preceptuadas en el EBEP, y específicamente si han de ahormarse a la senda de su art. 55, cuando dispone:

"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".

De la remisión al art. 2 de mismo EBEP, cuya rúbrica reza "Ámbito de aplicación", no resultaba entonces la claridad en la cobertura, pero sí por mor de la extensión verificada por el propio texto del EBEP en su Disposición adicional primera, relativa al "Ámbito específico de aplicación", dado que establece que los principios contenidos, entre otros en el transcrito art. 55, serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el art. 2 del Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica. Como expresamos en el rcud 1911/2018, el tenor literal de la DA 1ª 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".

Esta última dicción facultó la afirmación de que, también en el sector societario operaba la necesaria concurrencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad para el acceso al empleo público (concepto más amplio que el de función pública), tal y como dispone aquel art. 55 EBEP al desarrollar las directrices del texto constitucional - art. 103 CE que fija los de mérito y capacidad, y el sumatorio de su art. 14, a fin de salvaguardar el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público en dichas entidades-

En posteriores resoluciones reiteramos la precedente doctrina, así en STS 10.09.2020, rcud 3678/2017.

TERCERO.- 1. El escrito de recurso, en la estructuración antedicha, focaliza su objetivo en el mantenimiento y declaración del carácter temporal de los trabajadores afectados por este conflicto, por no haber concurrido fraude en la contratación, o subsidiariamente, sean calificadas como indefinidas no fijas.

A esos efectos, el primer submotivo, recorre las disposiciones atinentes a la naturaleza de la Fundación y su incardinación en el sector público; la vigencia consecuente de la superación de procesos de selección basados en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y la sujeción a disposiciones presupuestarias. En el segundo, acude a la doctrina que entiende obviada por la Sala de instancia, y así a la consideración de la naturaleza de indefinida no fija cuando se trata de sociedad mercantil, postulando que así lo entienda la Sala IV cuando fuere, como es el caso, una Fundación. Seguidamente relaciona la normativa autonómica ya referenciada y argumenta que tanto la misma como la supletoria estatal de aplicación al caso de fundaciones, abocan a las previsiones de la DA 1ª del TREBEP, y, en todo caso, a la sujeción de cualquier contratación a los principios de acceso señalados. En el punto D) del motivo de recurso la denuncia de vulneración alcanza a la normativa convencional, en aquellos preceptos que tutelan los mismos principios de acceso. Por último, el apartado E), regresa a la misma doctrina jurisprudencial evaluada en el segundo submotivo, aduciendo la existencia de interés casacional y finalizando sus alegatos a modo de recurso de casación unificadora.

2. Los defectos de forma que se denuncian y detectan, sin embargo, no podrían conducir a la inadmisión del recurso. Y aunque no goza de la necesaria claridad en su exposición y arquitectura, una lectura detenida del recurso permite extraer el núcleo ya definido, enervando la indefensión de las contrapartes y siendo prueba suficiente en ese sentido el cauce de defensa plasmado en los escritos de impugnación.

Plano distinto es aquél en el que concluyamos que no ha logrado destruir alguno o algunos de los pilares que sustentan la sentencia de instancia.

Y esto último acaece en relación con la concomitancia o no de fraude. Aseverado con firmeza en la resolución de la Sala del TSJ, que, con basamento en el art. 15 ET, alcanza la convicción de la existencia de un desajuste de la temporalidad, de un despunte del abuso de la contratación temporal que conculca el Acuerdo marco



sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70/CE), sin embargo, ninguno de aquellos alegatos del recurrente la atacan frontalmente, provocando necesariamente su cristalización.

3. De esta manera, sentada la concurrencia de fraude, el enjuiciamiento se residencia en la correlativa mutación de la naturaleza contractual. La recurrida opta por la fijeza en razón a las líneas argumentativas ya descritas, y que esta Sala no comparte.

Si abordamos el análisis desde la perspectiva de la parte empleadora, organismo de titularidad pública de naturaleza institucional con personificación privada, y portamos la doctrina acuñada por la Sala en torno al art. 2 EBEP en relación con su DA 1ª (Ámbito específico de aplicación), que establece que los principios contenidos (entre otros) en el art. 55 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en aquél y que estén definidas así en su normativa específica, no cabe sino reiterar que el acceso al empleo se somete también a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Ahondando en esa normativa específica, puesta en cuestión en fase de impugnación, baste recordar la redacción dada a los Estatutos de la Fundación (acuerdo del Patronato de 22.11.2017, registrado y publicado en BOIB 17.03.2018), concretamente cuando en el art. 33 determina que el personal se rige por la legislación laboral aplicable y por las disposiciones de la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la CCAAIB, y que, en todo caso, y como mínimo, resulta de aplicación la regulación establecida en el EBEP en cuanto a los principios rectores del acceso al empleo público (entre otras cuestiones). A su vez, la remisión operada a la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la misma CCAA, conduce nuevamente a los mismos principios, pues establece similar tenor respecto del marco de cobertura: el personal al servicio de estos entes instrumentales se rige por la legislación aplicable en cada caso y por las disposiciones de dicha ley. Sigue expresando que, en todo caso, y como mínimo, es de aplicación la regulación establecida en el EBEP en cuanto a los deberes de los empleados públicos y el código de conducta, los principios éticos, los principios de conducta, y los principios rectores del acceso al empleo público.

4. Verificado el examen de la naturaleza jurídica de la Fundación y el requerimiento o vigencia de los antedichos principios rectores en el acceso al empleo público, habrá que precisar si procede la convalidación o equiparación que definitivamente concluye la instancia.

En ese sentido, la resolución recurrida abunda en la existencia de publicidad en las convocatorias, requisitos y bases de acceso, a los que suma la falta de prueba sobre insuficiencia de los procedimientos o sobre resultados lesivos de derechos, etc.

Dejando de lado aquellas consideraciones pertenecientes a conflictos individuales, al vedarlo la modalidad articulada, no cabe conmutar automáticamente los requisitos de acceso ajustados a los repetidos principios que lo gobiernan legalmente, con las bases, entrevistas o revisión de CV diseñadas en el inicio para una contratación temporal de personal interino por vacante. Los objetivos, finalidades y la necesidad de dar respuesta a situaciones de muy diversa índole que configuran de una u otra relación de servicios resultan claramente divergentes.

Una conmutación directa enervaría desde la valoración de la situación de fraude de la que partía la sentencia de instancia, al resultar ya innecesaria, hasta la facultad de elección de las modalidades contractuales en función de las necesidades concurrentes, pasando por la irrelevancia de los lapsos, más o menos prolongados en la prestación de servicios para alcanzar la condición de fijeza, o la de la inexistencia de convocatorias para la cobertura de vacantes, desnaturalizando, en definitiva, los distintos vínculos que hubieran podido suscribirse.

Como viene afirmando esta Sala IV, 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) con el objetivo 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. Y en igual sentido, la potencial existencia de irregularidades en la contratación temporal en el seno de la Administración pese a su ilicitud, no podían determinar la adquisición de la fijeza por el trabajador afectado, pues tal efecto pugnaría con los principios legales y constitucionales que garantizan el acceso al empleo público -tanto funcional, como laboral- en condiciones que se ajusten a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

En consecuencia, el carácter indefinido del contrato, aun cuando implica que este no esté sometido a término cierto o determinado, no supone que el trabajador consolide una plaza fija en plantilla. (STC 71/2016, 14.04.2016).

Coadyuva a la misma conclusión la fundamentación recogida en los precedentes expresados al referir que: "Es cierto que el artículo 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 artículo 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".

5. Por último, tampoco la invocación del principio de los propios actos de permitiría otorgar la fijeza pretendida en demanda y acogida por la sentencia recurrida.

Efectivamente, del capítulo fáctico se desprende que, haciéndose eco de las recomendaciones de la Comisión de Supervisión, Análisis y Propuesta de Reestructuración del Sector Público Instrumental de la CCAIB de revisar los expedientes del personal no clasificable de las fundaciones del sector público y que fueran clasificados como personal fijo de empresa con carácter indefinido, independientemente de la fecha de adquisición de la condición de indefinido de acuerdo con la normativa laboral vigente cada momento y siguiendo la doctrina establecida en el auto de 22.03.2018 del Tribunal Supremo, en el acta de 20.11.2018 de la FASDPAPIB y el Comité intercentros, fue acordada la clasificación del personal con contrato de interinidad de más de tres años como personal fijo indefinido, iniciando desde enero un proceso de consolidación de las plazas respectivas, lo cual fue ratificado por el propio patronato de la Fundación el 17.12.2018, pero sin constar declarado el grado de cumplimiento de tal objetivo ni el diseño de los correspondientes procesos.

La voluntad manifestada en esos acuerdos no abocó a la automaticidad que anteriormente hemos descartado. No determinó la inmediata transformación de las contrataciones suscritas hace más de 12 años en relaciones fijas. El pacto suscrito no terminó con una declaración o reconocimiento de fijeza, pues si así hubiere sido, el plano de análisis sería el de un eventual incumplimiento. Por el contrario, aquéllos evidencian en su tenor el proyecto de dar inicio a un proceso para la consolidación, proceso necesariamente configurado conforme al respeto y aplicación de aquellos principios, y que sería absolutamente innecesario desde la hermenéutica postulada por la demanda.

CUARTO.- Las consideraciones expresadas determinan el éxito en parte del recurso interpuesto, en línea con la petición subsidiaria del Ministerio Fiscal, dado que la calificación adecuada ha de ser la de indefinidos no fijos. Procederá casar y anular la sentencia de instancia, estimando en parte la demanda formulada, para acoger su pretensión subsidiaria y desestimar la principal que articulaba.

Estando en el seno de un conflicto colectivo, la norma determina que cada parte se haga cargo de las costas causadas a su instancia (art. 235 LRJS).

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 formalizado por el Letrado de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en representación de la Fundación de Atención y Soporte a la Dependencia y Promoción de la Autonomía Personal de las Islas Baleares (FASDPAPIB).

Casar y anular la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en fecha 2 de diciembre de 2019 [autos 4/2018] y estimar en parte la demanda formulada, en el sentido de declarar que las relaciones laborales de la Fundación demandada con el colectivo de trabajadores afectados por este conflicto colectivo es de naturaleza indefinida no fija, con las consecuencias legales inherentes que aquélla refiere, y absolviéndola de la pretensión principal de fijeza.

Cada parte se haga cargo de las costas causadas a su instancia.

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

Así se acuerda y firma.