

La aplicación de la figura del indefinido no fijo a las fundaciones del sector público.

Francisco A. Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga.

Resumen: *En las fundaciones que pertenecen al sector público institucional, a pesar de su configuración como entidad privada, debe aplicarse la misma doctrina jurisprudencial respecto a la figura de indefinido no fijo que se establece a partir de la aplicación de la disposición adicional primera del EBEP.*

Palabras clave: *Acceso al empleo público. Contratación laboral. Sector público.*

Abstract: *Nelle fondazioni che appartengono al settore pubblico istituzionale, nonostante la loro configurazione come entità privata, si dovrebbe applicare la stessa dottrina giurisprudenziale rispetto alla figura del contratto a tempo indeterminato non permanente stabilito dall'applicazione della prima disposizione aggiuntiva dell'EBEP.*

Keywords: *Acceso al pubblico impiego. Assunzioni. Settore pubblico.*

I. Introducción

La resolución judicial que ahora es objeto de comentario tiene el especial interés de delimitar el ámbito de aplicación de la disposición primera del EBEP y, por consiguiente, la posible aplicación de la doctrina relativa a los indefinidos no fijos, respecto a unas entidades cuya naturaleza ha planteado serias dudas en cuanto a su normativa aplicable. La confluencia de caracteres propios del Derecho Privado y del Público, sometían a un margen de incertidumbre la gestión de personal de estas instituciones, así como las consecuencias jurídicas de los posibles incumplimientos en materia de contratación laboral, pero, fundamentalmente, y lo que es objeto de esta sentencia, respecto a la necesaria aplicabilidad -o no- de los principios constitucionales de acceso al empleo público.

La trascendencia de esta última cuestión es de una significativa importancia porque, de una parte, condiciona el propio modo de celebración de las pruebas de acceso a las mismas, presididas, como se ha dicho, por los principios recogidos en el art. 55 EBEP (por remisión de la citada disposición adicional primera) y, de otra, que la ignorancia de los mismos, conducen, necesariamente, a la consideración de la existencia de una persona trabajadora indefinida no fija.

En este sentido, la tan reiterada disposición del EBEP, lo que hace es acotar el radio de aplicación de esta norma a aquellas entidades que no forman parte de su ámbito objetivo (art. 2), pero que sí lo son en cuanto pertenecientes al sector público. Del conjunto de la normativa administrativa y de la interpretación de los propios Tribunales debe determinarse quienes conforman ese sector y, si entre ellas, podemos incluir a las Fundaciones.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 441/2023, de 20 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 2508/2020.

ECLI:ES:TS:2023:3131

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema que se contempla y sobre el que se falla en esta Resolución parte de una serie de premisas básicas reseñadas en los Hechos Probados y Fallo de la sentencia de instancia:

- Una trabajadora que presta servicios para la Fundación que ha sido demandada, lo hace al amparo de un contrato por obra o servicio determinado desde el 15 de febrero de 2005 (HH.PP. 1 y 3).
- La actora interpone una demanda en reconocimiento de derechos, cuyo fallo en el Juzgado de lo Social determina que la naturaleza de la relación es de carácter indefinido.
- “La empresa demandada es una organización privada de naturaleza fundacional perteneciente al sector público autonómico, sin ánimo de lucro y cuyo patrimonio se haya afectado, de modo duradero, a la realización de los fines de interés general propios de la institución” (H.P. 4º).

La cuestión, por tanto, es, si teniendo tal naturaleza la entidad, cabe la calificación jurídica como relación de naturaleza indefinida o si, sin embargo, debe matizarse a la indefinida no fija propia de las entidades del sector público.

En este sentido, esta sentencia no puede entenderse sin las conclusiones a la que se llega en la determinante, para el fallo de la resolución que ahora nos ocupa, de la STS 319/2023, de 26 de abril (rcud. 2220/2020) - ECLI:ES:TS:2023:1890- que es la que resuelve sobre la referida naturaleza de la Fundación, verdadero elemento básico que condiciona la solución adoptada.

IV. Posición de las partes

Por la parte actora, como se refleja de manera literal en el FJ1º de la resolución analizada, se defiende que “la citada fundación es un ente jurídico-privado, constituido y financiado por los poderes públicos, incluido de alguna manera en el denominado “sector público”, pero que sus relaciones jurídico externas y la contratación se rige por el derecho privado, lo que le lleva definitivamente a considerar que no cabe integrarla “en el ámbito subjetivo del art. 2 de la ley 7/2007, lo que determina que a su personal le es aplicable la normativa del Estatuto de los Trabajadores y del Convenio Colectivo correspondiente”. Dicha posición es la que asume tanto el Magistrado a quo, como el Magistrado ad quem en la sentencia de suplicación que confirma la anterior “por entender que se trata de una entidad de derecho privado a la que no le resulta aplicable la normativa legal sobre contratación en el sector público, sino la regulación ordinaria del ET”.

Por la parte demanda, sin embargo, se viene a denunciar la “infracción del art. 55 y DA 1ª EBEP, para sostener que su naturaleza jurídica es la de una entidad integrada a estos efectos dentro del sector público, en la que resultan aplicables las reglas sobre

contratación de sus trabajadores que conducen a calificar la relación laboral en fraude de ley como indefinida no fija. Posición compartida por el Ministerio Fiscal que entiende aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad en la contratación de esta entidad y, ante su ausencia, se debe aplicar la doctrina jurisprudencial sobre el indefinido no fijo.

Sentadas las bases de las partes, la contradicción entre ellas es evidente: ¿se trata o no de una entidad del sector público en el marco de la disposición adicional primera del EBEP? La respuesta en uno u otro sentido es la que predetermina el Fallo y esta viene dada, como hemos adelantado, por la STS 319/2023, de 26 de abril (rcud. 2220/2020) - ECLI:ES:TS:2023:1890-.

V. Normativa aplicable al caso

Como preceptos básicos de aplicación a este supuesto de hecho, podemos citar los siguientes que, sin embargo, en su mayoría no son los que se aplican en la sentencia ahora analizada, sino en la que acabamos de citar en el párrafo precedente (STS 319/2023, de 26 de abril):

-Art. 2 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y art. 2 Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público:

Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación.

1. La presente Ley se aplica al sector público, que comprende [...]

d) El sector público institucional.

2. El sector público institucional se integra por [...]

b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.

3. Tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2 anterior.

-Art. 3 Ley 9/2017, Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (no citada en la resolución comentada pero que resulta especialmente clarificadora y complementaria):

“1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público las siguientes entidades [...]

e) Las fundaciones públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.

3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público [...]

“2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas las siguientes entidades:

a) Las mencionadas en las letras a), b), c), y l) del apartado primero del presente artículo.

b) Los consorcios y otras entidades de derecho público, en las que dándose las circunstancias establecidas en la letra d) del apartado siguiente para poder ser considerados poder adjudicador y estando vinculados a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas”.

-Art. 2 EBEP: “Ámbito de aplicación.

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

-Art. 7 EBEP: “Normativa aplicable al personal laboral.

El personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”.

-Disposición adicional primera EBEP: “Ámbito específico de aplicación.

Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica”.

-Art. 55 EBEP: Principios rectores.

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, así como los establecidos a continuación [...]”

VI. Doctrina básica

La conclusión básica a la que llega la presente sentencia es la de aplicar los efectos que se derivan en el “sentido de extender la figura del indefinido no fijo a todas las entidades del sector público comprendidas en el ámbito de afectación de la DA1ª EBEP” (FJ 2º).

En este sentido, el hecho de que una entidad no forme parte de lo que de un modo estricto se considera Administración Pública -y lo excluya, por tanto, del marco convencional que ampare a la misma, p.ej. sobre esta misma Fundación y la no aplicación del del VIII Convenio Colectivo del personal laboral del Gobierno de Cantabria por STS 319/2023, de 26 de abril (rcud. 2220/2020)-, no implica que no entre a constituir lo que se denomina sector público institucional.

A pesar, incluso, de que la Fundación pueda tener el carácter de ente jurídico-privado y que en estos casos el TS ha sido reticente a la hora de reconocer la aplicabilidad de la DA 1ª, las STS/4ª/Pleno de 18 junio 2020 (rcuds. 1911/2018, 2005/2018 y 2811/2018) resuelven ampliar este ámbito de aplicación a otros entes que también pueden situarse en esa misma esfera del sector público, las sociedades mercantiles, de forma que no cabe entender una solución distinta para un ente que encuadramos y reconocemos en el mismo ámbito.

VII. Parte dispositiva

Tras retomar la doctrina que el propio TS ha ido elaborando respecto de las personas trabajadoras indefinidas no fijas, especialmente de manera reciente en lo que respecta a su aplicación a las sociedades mercantiles integradas en el sector público, entiende que otra entidad, como hemos señalado en el epígrafe anterior, que comparte ese mismo carácter, tiene que aplicar la misma doctrina.

En consecuencia, reconoce que una Fundación que forme parte del sector público -en este caso autonómico- conforma el conglomerado de entes que constituye el sector público institucional, al que alcanza la necesidad de cumplir con los principios constitucionales de acceso al empleo público y, como en el caso objeto de enjuiciamiento ello no se produce, debe reconocerse una relación indefinida no fija, estimando, por tanto, la posición de la Fundación en este proceso y, en consecuencia, el recurso de casación.

VIII. Pasajes decisivos

Prácticamente el contenido completo del Fundamento Jurídico Tercero es lo esencial para el fallo de esta sentencia, en el mismo, se expresa lo siguiente: *"Por citar tan solo alguna de las más recientes, la STS 22/2023, de 24 de enero (rcud. 1701/2019), recuerda la ya consolidada y uniforme doctrina en esta materia, para reiterar que "esta Sala ha venido señalando que era difícil sostener que el personal de una sociedad de derecho privado pudiera ser calificado como indefinido no fijo, "al ser ésta una calificación jurisprudencialmente establecida para garantizar la situación de quienes prestaban servicios para entidades públicas, buscando preservar los principios que rigen el acceso a la función pública"*.

Sin embargo, tal doctrina ha sido objeto de revisión y modificación por las STS/4ª/ Pleno de 18 junio 2020 (rcuds. 1911/2018, 2005/2018 y 2811/2018) para declarar, en suma, que la figura del indefinido-no-fijo es también aplicable a las sociedades mercantiles públicas. Las indicadas sentencias han sido seguidas por la STS/4ª de 2 julio 2020 (rcud. 1906/2018), 10 septiembre 2020 (rcud. 3678/2017) y 17 septiembre 2020 (rcud.1408/2018), entre otras muchas.

2. - *Por elementales razones de seguridad vamos a reproducir lo que en todas ellas se razona, siendo la sentencia referencial la que se acomoda a dicha doctrina, mientras que la recurrida sigue una jurisprudencia que ha sido alterada y ha devenido obsoleta.*

En las precitadas sentencias^[1] hemos concluido que: "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 respetándolos 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".

2.- La aplicación de esa misma doctrina al caso de autos obliga a afirmar la naturaleza indefinida no fijada la relación laboral de la demandante, al ser la empleadora una fundación que forma parte del sector público autonómico y pertenece en consecuencia al sector público institucional, a la que le resulta aplicable la disposición adicional 1ª EBEP en los términos expresados en el apartado anterior".

Para aplicar esta conclusión, no obstante, parte de una premisa básica que se incluye en el Fundamento Jurídico segundo, y que es, precisamente, la que identifica la naturaleza de la Fundación como entidad del sector público institucional: "En la reciente STS 319/2023, de 26 de abril (rcud. 2220/2020), hemos tenido ocasión de analizar la naturaleza jurídica de la fundación IDIVAL al resolver un asunto en el que se peticionaba la aplicación a su personal del VIII Convenio Colectivo del personal laboral del Gobierno de Cantabria.

Y a efectos de decidir si está incluida en el ámbito de aplicación de dicho convenio colectivo razonamos que no es "una Administración pública, ni un organismo público, ni una entidad de derecho público" y "que su régimen jurídico es distinto del que tienen esas personas jurídicas públicas", lo que nos lleva a negar que "tenga la naturaleza de entidad de derecho público" y por esa razón no está sometida a las previsiones de esa norma convencional.

Ahora bien, igualmente afirmamos que IDIVAL "pertenece al sector público institucional", y en lo que ahora interesa a los efectos de este litigio, esa consideración supone que se encuentra en la misma situación jurídica que la fundación a la que se refiere la sentencia de contraste en orden a la aplicación de la normativa legal en la contratación de su personal".

Al respecto, la reiterada STS 319/2023, de 26 de abril, había reconocido que los argumentos sobre el carácter de la entidad barajados en la misma "no suponen que la Fundación IDIVAL tenga la naturaleza de entidad de derecho público. Se trata de una organización privada de naturaleza fundacional, no de una entidad de derecho público. El hecho de que esté sometida a normas de derecho privado, incluido el Derecho del trabajo, no transmuta su naturaleza. Sí que pertenece al sector público institucional. Pero es que dicho sector se integra por personas jurídicas muy diversas, incluyendo determinadas entidades de derecho privado y las Universidades públicas. La pertenencia al sector público institucional no supone que las fundaciones públicas se conviertan en entidades de derecho público".

IX. Comentario

No resulta novedosa, en esta sentencia, la doctrina sobre la relación como indefinido no fijo^[2], que aquí se reitera y reproduce, pero sí la determinación del alcance de la Disposición Adicional primera del EBEP. En este sentido, lo más relevante es que si ya se realizó la pertinente aclaración respecto a que dicha disposición abarcaba todo el sector público institucional, a través de la interpretación realizada respecto a las sociedades mercantiles públicas, ahora lo hace con relación a

las Fundaciones que, a pesar de tener una conformación y origen privado, por su adscripción y caracteres, resultan también subsumibles en ese campo de lo público. Siendo así, no pueden aplicar de un modo estricto el Derecho Privado, sino que deben conjugarse, de un modo equilibrado los ordenamientos públicos y privados, para atender a los intereses de uno y otro orden.

En este sentido, atendiendo al régimen jurídico de la entidad demandada, una Fundación, se desprende que ésta carece de la consideración de Administración Pública en sentido estricto, en tanto que, el art. 2.3 Ley 40/2015, reserva tal carácter, además de las Administraciones General, Autonómica y Entidades que integran la Administración Local, a los “organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas”^[3].

Es preciso, a partir de esta afirmación, destacar tres elementos claves:

- No tienen la misma consideración las entidades de derecho público y otras entidades como las Fundaciones que aun teniendo de ente jurídico-privado, no pierden su adscripción a lo público;
- Que respecto a la regulación de las relaciones laborales se tomará como marco de aplicación la ordenación por el ordenamiento jurídico privado en lo que respecta a su personal, de manera concreta y, en especial, el Estatuto de los Trabajadores (ET) y las normas convencionales en cuyo ámbito funcional se integre, si bien...
- Como integran el sector público se les aplica determinadas prescripciones, concretamente como la normativa presupuestaria o respecto de la normativa de acceso al empleo público ya que, aunque no se incluyen en el marco del art. 2 EBEP, sí lo hacen, como hemos reiterado, en su DA 1ª;

Y así lo ha expresado de manera literal el TS cuando ha afirmado que las entidades de esta naturaleza “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” (STS núm. 618/2016 de 6 julio, ECLI: ECLI:ES:TS:2016:3613).

Siendo así, a una entidad de derecho público, les aplicable íntegramente el EBEP, pero a otra que no tenga tal naturaleza pero se incluya en el Sector Público Institucional (como una Fundación), únicamente se aplicará la parte del mismo relativa al acceso al empleo, lo que supone modular las reglas de contratación que el Estatuto de los Trabajadores fija en su art. 15, así como las consecuencias de su incumplimiento.

X. Apunte final

En un número significativo de casos, muchas entidades que responden a la naturaleza de entes jurídico-privados desconocen si están adscritas de algún modo al sector público institucional. Este punto resulta absolutamente relevante a los efectos de determinar la aplicación de los principios de acceso al empleo público.

En esta línea, este apunte final cobra especial trascendencia, ya que nos sirve para destacar que lo complejo de su regulación -o la ausencia de ésta en algunas circunstancias-, con una normativa estatal que carece del carácter de básica^[4], obliga a un estudio pormenorizado de los Estatutos de tales entidades para determinar la naturaleza de las mismas y, en consecuencia, su régimen jurídico.

Y ello es precisamente lo que se había hecho con carácter previo la reiterada STS 319/2023, de 26 de abril -sin la que es imposible entender el fallo de la que ahora se comenta-, con reconocimiento expreso de la naturaleza de la Fundación como integrante de sector público.

Siendo así, la conclusión es evidente: no toda Fundación, de manera automática, queda vinculada por la DA 1ª y el art. 55 EBEP, sino solo aquella que se reconozca, de

manera definitiva, como integrante del sector público institucional. Éstas, y solo éstas, deberán respetar los principios de acceso al empleo público.

Referencias:

1. [^] *La doctrina del Tribunal Supremo a la que se refiere, se ha ido formulando sobre la figura del trabajador indefinido no fijo y que queda resumida, v.gr. en la STS 4295/2021, de 23 de noviembre o en el ATS 1668/2022, de 2 de febrero. Concretamente, se dispone que “la reciente jurisprudencia de la Sala Cuarta sobre la calificación de indefinidos no fijos y no de fijos a los trabajadores contratados en fraude de ley en sociedades públicas estatales (SSTS 10 de junio de 2020, R.1911/2018; R. 2811/2018; R. 2005/2018; R. 2811/2018; 2 de julio de 2020, R. 1906/2018 y 17 de septiembre de 2020, R. 140820/18), por lo que no pueden tener favorable acogida las alegaciones de la recurrente en trámite de inadmisión. Así, dichas resoluciones aplican el mandato de los arts. 2, 55 y, especialmente, de la Disposición Adicional Primera del EBEP, al disponer en ella que la normativa de acceso al empleo público es de aplicación a las entidades del sector público estatal, autonómico y local que no estén incluidas en el art. 2 del citado texto, y que están definidas así en su normativa específica. Como refiere esas resoluciones “Dicho precepto hace referencia, entre otras, a las entidades de derecho público y la Sala Cuarta concluye que la expresión entidades del sector público es más amplia que entidades de derecho público [...] En definitiva, en la medida en que Canal de Isabel II comparte naturaleza jurídica con AENA, las consideraciones vertidas por las sentencias de la Sala Cuarta sobre la aplicación a AENA de los principios de acceso al empleo público son extrapolables a la empresa Canal de Isabel II” (STS 30/6/2021, Rec 1607/20 y 1517/20; 5/7/2021, Rec 1492/20; 15/9/2021; Rec 4808/19 y 20/9/2021, Rec 1326/20, entre las más recientes y relativas al Canal Isabel II)”.*
2. [^] *De hecho, la doctrina básica al respecto se desarrolla por Prof. Sempere Navarro en un artículo anterior de esa misma Revista - Sempere Navarro, A.V. “Inaplicación de la categoría “indefinido no fijo” para el personal estatutario”. Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 5/2023- que viene a indicar que “La jurisprudencia laboral viene ocupándose también con reiteración de este problema. Su construcción del personal indefinido no fijo (PINF) obedece a la necesidad de brindar una solución a la aparente contradicción que sendos bloques normativos propician cuando se examinan las consecuencias de que un empleador de naturaleza pública haya incumplido las reglas sobre contratación temporal: mientras que las previsiones del Derecho del Trabajo tienden hacia la fijeza de la relación laboral (art. 15 ET y concordantes), desde la perspectiva del Derecho del Empleo público se insta a mantener la relación con las características (temporalidad) que gobernaron su acceso en régimen de publicidad y mérito (arts. 1.3.b EBEP y concordantes). La categoría, como tantas veces se ha explicado, vino a resolver una compleja concurrencia de preceptos: los que abocan a declarar la fijeza del contrato de trabajo y los que exigen respeto a principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad) para acceder a un empleo fijo en el sector público [...] El contrato del PINF se separa del estrictamente temporal. La prototípica causa de finalización por*

llegada del término final previsto desaparece [...]Las razones que han abocado a nuestra jurisprudencia a proyectar esta categoría conceptual sobre determinadas relaciones laborales son las siguientes:Nuestra Constitución exige que el acceso al empleo público esté presidido por el respeto a los principios de igualdad mérito y capacidad.El acceso a un empleo público de carácter fijo solo es posible respetando esos principios.Los abusos o fraudes en materia de temporalidad, que en el ámbito privado comportan la conversión del contrato en fijo, no pueden tener esa consecuencia en el ámbito del empleo público.La jurisprudencia viene considerando como una solución armónica con las diversas normas en presencia la atribución de la condición de PINF a quienes han sido víctimas de abuso o fraude en la contratación desde la perspectiva de las normas laborales. De este modo se concilian derechos heterogéneos:Las personas perjudicadas por los abusos contractuales acceden a un estadio diverso al de personal estrictamente temporal:Ya no cabe la válida terminación del contrato por la llegada del término final, la expiración de la obra o servicio.Pese a que hubiera finalizado la duración prevista de su contrato o la máxima legalmente admitida para la contratación temporal, poseen derecho a seguir prestando la actividad hasta que se convoquen pruebas para el acceso definitivo al empleo [...]Las Entidades empleadoras del sector público también ven reforzada de este modo su posición institucional:Los principios de mérito y capacidad permiten el reclutamiento de las personas con mejor preparación para desempeñar las tareas correspondientes.Se impide la incorporación de personas fijas respecto de las que la entidad empleadora no ha emitido un consentimiento válidamente formado, en línea con lo expresado en ocasiones por el TJUE respecto del acceso a las propias Instituciones comunitarias”.

3. [^] A estos efectos, podría resultar clarificador el contenido del art. 3.2 Ley 9/2017 frente al apartado primero de ese mismo precepto. En el mismo debe distinguirse entre sector público en sentido amplio (art. 3.1), y Administraciones Públicas en un sentido estricto (art. 3.2). Una Fundación se podría situar en la esfera del apartado 3.1 e) Ley 9/2017 y, por tanto, fuera de la regulación más estricta del art. 3.2 en sus apartados a) y b).
4. [^] Vid. arts. 130 y 133, así como la disposición final 14ª Ley 40/2015.