

---

# **¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública?: los “trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla”.**

**A propósito de las SSTS u.d. de 7 de octubre, 10 y 30 de diciembre de 1996, 14 de marzo, 24 de abril y 7 de julio de 1997.**

**SUMARIO:** 1. Introducción: planteamiento de la cuestión. **I. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO: ¿CONTRATO INDEFINIDO O CONTRATO TEMPORAL *SUI GENERIS*?** 2. Dos posibilidades interpretativas. 3. El carácter indefinido del contrato. **II. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE.** 4. Planteamiento de la cuestión. 5. Distintas posibilidades interpretativas: **5.1.** La equiparación entre todos los trabajadores indefinidos de la Administración. **5.2.** Un régimen jurídico particular. 6. Un intento de concreción de los criterios generales. 7. Una última cuestión: la eventual persistencia del deber administrativo de cubrir los puestos de trabajo por los procedimientos establecidos al efecto y su trascendencia. **III. CONCLUSIONES.** 8. Reflexiones finales.

**José María Goerlich Peset  
Julio Vega López**

---

Catedrático y Profesor Asociado de Derecho del Trabajo  
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

**1. Introducción: planteamiento de la cuestión.** No es nuestro propósito en las reflexiones que siguen hacer una reconstrucción completa del tormentoso tema de los efectos de las irregularidades de la contratación temporal en la Administración Pública. Dado que es un tema que ha dado lugar en los últimos años a incontables pronunciamientos de los Tribunales del Orden Social y a un buen número de estudios monográficos, es claro que intentar realizar un análisis global desborda con mucho el esfuerzo y el espacio que habitualmente merece un comentario jurisprudencial. Por ello, nuestra intención es mucho más modesta. Vamos a centrarnos en el análisis de una naciente tendencia jurisprudencial que parece introducir una inflexión en las ya consolidadas si bien no es ni mucho menos claro cuál haya de ser su alcance práctico. Nos referimos a la nueva solución que establecen las SSTS u.d. de 7 de octubre de 1996 (Ar. 7492), 10 de diciembre de 1996 (Ar. 9139), 30 de diciembre de 1996 (Ar. 9864), 14 de marzo de 1997 (Ar. 2471), 24 de abril de 1997 (Ar. 3498) y 7 de julio de 1997 (AL 1735).

Todos estos pronunciamientos se refieren al problema de los efectos de las irregularidades de la contratación temporal en la Administración Pública. Como es sabido, si bien inicialmente los Tribunales laborales fueron reacios a que estas irregularidades condujeran a la conversión de los contratos en indefinidos por exigencias de los principios constitucionales en materia de acceso a los puestos de trabajo del sector público, con posterioridad la jurisprudencia ha revisado este punto de partida admitiendo que, al menos en ciertos casos, aquéllas pueden provocar este fenómeno de modo que trabajadores inicialmente contratados como temporales adquieren la condición de indefinidos de la correspondiente Administración Pública. Las sentencias objeto de este comentario no inciden sobre el juego de esta doble posibilidad alternativa de calificación de los contratos temporales irregulares celebrados por los organismos públicos. Al contrario, presuponen su continuidad. Sin embargo, introducen un importante matiz respecto a una de las dos posibilidades: aunque se continúa admitiendo que el incumplimiento de las reglas laborales en materia de contratación temporal puede conducir a la conversión del contrato en indefinido, el contrato resultante de este proceso quedará sujeto a un régimen especial, que el Tribunal Supremo no termina de concretar.

Estas ideas pueden verse claramente en la sentencia que inaugura esta línea jurisprudencial: la de 7 de octubre de 1996. Se discutían en el recurso de unificación que resuelve los efectos que debía tener la existencia de una contratación irregular y, en concreto, si en estos casos la extinción unilateral del contrato por parte de la Administración generaba efectos indemnizatorios o no. Pues bien, el TS concluye la íntegra aplicación de las reglas jurídico-laborales en materia de despido “sin que los principios de mérito y capacidad establecidos en el art. 10.3 CE sean obstáculo para la imposición a la Administración empleadora de deberes de indemnización o de readmisión”. Sin embargo, añade el TS, “esta conclusión no enerva el deber de las Administraciones Públicas de atenuamiento a los sistemas o procedimientos de contratación que concreten la puesta en práctica de tales principios constitucionales”. Y ésta última idea le conduce a introducir “una precisión o matización de la doctrina de la Sala en la materia”. Precisión que “no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según su duración, sino a la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración Pública, y puede formularse como sigue: la contratación laboral en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de

mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido”. Fiel a este criterio la sentencia revoca la sentencia impugnada “en cuanto declara que los trabajadores demandantes tienen la condición de fijos de plantilla, sustituyendo tal pronunciamiento por el de declaración de que la relación contractual de trabajo que los liga a la Diputación (demandada) es de carácter indefinido”.

El sentido del matiz que se introduce en la doctrina anterior no es fácilmente aprehensible: ¿qué quiere decir que, en el ámbito de la Administración Pública, un trabajador es indefinido pero no puede ser equiparado a los trabajadores fijos de plantilla? ¿cuáles son los efectos de tan particular calificación? A la hora de responder a estas cuestiones, las dudas asaltan al intérprete de inmediato y ya se ha pronosticado que “la diferenciación recientemente introducida está llamada a no tardar a plantear importantes problemas interpretativos”<sup>1</sup>. Tan es así que algún TSJ, llamado a aplicar la nueva doctrina del TS, las ha expuesto con toda nitidez: al proceder a declarar que un trabajador es indefinido, excluyendo que pueda ser considerado fijo de plantilla, ha añadido que “la Sala no logra comprender demasiado qué diferencia existe entre trabajador ‘fijo de plantilla’ y trabajador ligado por ‘un contrato de trabajo por tiempo indefinido’”<sup>2</sup>. El TS no parece, sin embargo, preocuparse por estas dificultades. Aunque existen pronunciamientos posteriores en los que ha reiterado la doctrina que se acaba de exponer —e, incluso, en los que ha ampliado su ámbito de aplicación, proyectándola también a los supuestos en los que la acción planteada fuera una acción declarativa del carácter indefinido del contrato—, las sentencias que confirman la doctrina inicial no la aclaran gran cosa. Las posteriores y ya citadas sentencias de 10 de diciembre de 1996, 30 de diciembre de 1996, 14 de marzo de 1997 y 24 de abril de 1997 reiteran afirmaciones textuales de la STS de 7 de octubre de 1996, sin añadir a los incisos de ésta que ya han sido transcritos aclaración alguna en cuanto a su alcance. Esta es, por lo demás, la tónica general de la doctrina de suplicación que simplemente se da por enterada de la inflexión jurisprudencial, reproduciendo, normalmente de forma textual, y también sin determinar su alcance, las afirmaciones de la primera sentencia unificadora<sup>3</sup>.

Pues bien, en este contexto, el objeto de las consideraciones que siguen es el de aclarar lo que, a nuestro juicio, debe entenderse que quiere decir el TS cuando alude a que las irregularidades de la contratación temporal en la Administración Pública pueden dar lugar a la aparición de un contrato de trabajo indefinido en cuya virtud, sin embargo, el trabajador no debe ser considerado fijo de plantilla. Desde nuestro punto de vista, esta cuestión, a su vez, debe ser abordada desde dos perspectivas diferentes. En primer término, es preciso saber la naturaleza jurídica de la vinculación entre estos trabajadores y la Administración. En concreto, si se trata de un contrato indefinido o de carácter temporal (I). Una vez resuelta esta primera

---

1MERCADER UGUINA, J.R., “Problemas de la contratación temporal en la doctrina jurisprudencial reciente”, original mecanografiado, p. 14.

2 STSJ Canarias (Las Palmas) de 17 de junio de 1997 (recurso de suplicación 454/96). Ponente: Juan Jiménez García.

3En el muestreo que hemos hecho, existen TTSSJJ que no se dan expresamente por enterados de la inflexión jurisprudencial, acomodando sus pronunciamientos a la línea interpretativa anterior sin hacer referencia a los trabajadores indefinidos pero no fijos de plantilla (cfr. SSTSJ Cataluña de 23 de enero de 1997, Ar. 863, Comunidad Valenciana de 22 de abril de 1997, Ar. 1500 o Navarra de 5 de marzo de 1997, Ar. 967). Otras Salas, por el contrario, acomodan su comportamiento al descrito en texto: declarar al trabajador indefinido, pero no fijo de plantilla sin indicar expresamente cuáles son los efectos de tal declaración (cfr. SSTSJ Andalucía [Sevilla] de 18 de marzo de 1997, AL 987, Cataluña de 10 de octubre de 1997, AL 1704, Cantabria de 11 de abril y 30 de junio de 1997, RL 1195 y Ar. 2103, Galicia de 7 de mayo de 1997, Ar. 1663, o País Vasco de 18 de marzo de 1997, Ar. 1299).

cuestión, es preciso determinar, en segundo lugar, cuál es el régimen jurídico aplicable al contrato entre la Administración y estos trabajadores (II). Cerraremos el trabajo con algunas reflexiones finales sobre la cuestión que nos ocupa (III).

### I. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO : ¿CONTRATO INDEFINIDO O CONTRATO TEMPORAL *SUI GENERIS*?

**2. Dos posibilidades interpretativas.** La primera cuestión –determinar la naturaleza jurídica del contrato y, en concreto, si los existentes entre los trabajadores afectados por la sentencias que se comentan y las respectivas Administraciones son temporales o indefinidos– es, desde luego, peliaguda por cuanto que las sentencias glosadas parecen incurrir en una abierta contradicción. Esto es así porque entiende que la trabajadora demandante "no es fija de plantilla sino trabajadora vinculada por un contrato de trabajo por tiempo indefinido". Sin embargo, en la terminología jurídico-laboral habitual, las expresiones "fijo de plantilla" y "contratado por tiempo indefinido" se usan como equivalentes. Es claro, sin embargo, que hay que descartar que tan burda contradicción sea fruto del error o de la improvisación del Alto Tribunal. Al contrario, el TS la busca a propósito, como manera de designar una determinada realidad jurídica novedosa con respecto de otros pronunciamientos anteriores del propio Tribunal que se referían, sin más, al carácter indefinido del contrato resultante de una irregularidad sustancial en el proceso de contratación. De otro modo, no sería posible explicar que el TS haya utilizado reiteradamente esta categoría.

En este contexto, al intérprete sólo le cabe una opción: intentar caracterizar la anómala categoría del "indefinido, no fijo de plantilla" que ha surgido de la reflexión jurisprudencial. Para ello, cuenta con dos posibilidades interpretativas. En primer término, cabría pensar que el TS, al referirse al trabajador con contrato indefinido pero no fijo de plantilla están pensando en un supuesto atípico de vinculación temporal entre aquél y el organismos público para el que viene prestando sus servicios. Por el contrario, cabría sostener en segundo lugar, que la categoría de los trabajadores indefinidos que no son fijos de plantilla engloba, como su propio nombre indica, a trabajadores indefinidos, sin perjuicio de que, al no ser de plantilla, su régimen jurídico puede presentar algunas peculiaridades.

La primera interpretación puede apoyarse en diferentes argumentos. De entrada, cabe recurrir a un argumento literal. En la medida en que el concepto de plantilla ha estado tradicionalmente vinculado a los puestos de trabajo estables dentro de una determinada empresa<sup>4</sup>, cabría pensar que la inexistencia de fijeza de plantilla, salvedad con la que se adjetiva al carácter indefinido del contrato, habría de ser interpretada en el sentido de que anula este último carácter.

En segundo lugar, cabría aducir las peculiaridades que corresponden al tratamiento de la contratación laboral en las Administraciones Públicas. Sin entrar en detalles respecto a este tema, cabría indicar como, por los imperativos constitucionales y legales que garantizan el respeto de los principios de igualdad, capacidad y mérito en el acceso a los puestos de trabajo del sector público (arts. 23.2 y 103.3 CE y 19 Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública y 91.2 Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local), no sería concebible una vinculación indefinida con la Administración Pública que no resultara

---

<sup>4</sup>Por todos, MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 18ª ed., Madrid (Tecnos), 1997, p. 543.

de un procedimiento de selección basado en aquellos principios. Este, que era el punto de partida de la reflexión jurisprudencial tiempo atrás<sup>5</sup>, conduciría a la conclusión de que los trabajadores como los del supuesto informado, nunca podrían adquirir la condición de indefinidos al no haber superado el oportuno procedimiento de selección.

La cuestión que se abre de inmediato es la de cómo explicar entonces el carácter indefinido que el TS predican de sus contratos. La respuesta sería simple: estaríamos ante una vinculación temporal en la que el momento del término final del contrato sería incierto ya que se relacionaría con la cobertura de la plaza ocupada por el trabajador por la vía reglamentaria o por su definitiva desaparición. Hasta ese momento, el trabajador continuaría prestando sus servicios de forma indefinida, adquiriendo sólo la condición de fijo si superara en su momento el oportuno proceso de selección.

Y, dado que el supuesto no encaja en ninguna de las categorías de contrato temporal previstas en la legislación laboral -ni siquiera en la contratación de interinos pues la declaración del carácter indefinido pero no fijo de plantilla se asocia en la jurisprudencia a los casos en los que la contratación no se puede asociar a la existencia de una plaza vacante-, habría que pensar que se trataría de una situación de interinidad “impropia” o “indefinida” como la que algunos TTSSJJ han venido aplicando con anterioridad a las sentencias que nos ocupan en los supuestos en los que no existiera una plaza previamente dotada para ser ocupada por el trabajador<sup>6</sup>; e, incluso, con posterioridad a ellas y con su conocimiento<sup>7</sup>.

**3. El carácter indefinido del contrato.** Aunque esta interpretación ha sido ya sostenida por algunos de los anteriores comentaristas de las sentencias del TS que estamos estudiando<sup>8</sup>, estamos firmemente convencidos de que no es la más adecuada para explicar el alcance de estos pronunciamientos. Por el contrario, creemos que la vinculación resultante de sentencias como la que motiva este dictamen es la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indefinido, en el sentido que habitualmente se atribuye a esta expresión.

Las razones que nos llevan a esta conclusión, algunas de las cuales ya han sido utilizadas por otros de sus comentaristas<sup>9</sup>, son de muy diversa índole:

a) El argumento terminológico al que se aludió en primer lugar no es, ni mucho menos, suficiente para llegar a ninguna conclusión. Ello es así porque no existe una definición legal de plantilla, utilizándose este concepto en la práctica de forma poco rigurosa. Y, en todo

5Véanse referencias detalladas en SALA FRANCO, T., *Incidencia de la legislación laboral en la función pública*, Madrid (INAP), 1989, pp. 23 ss., ALTES, J.A., *La contratación temporal en la Administración Pública*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1994, pp. 58 ss., LOPEZ GOMEZ, J.M., *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid (Civitas), 1995, pp. 212 ss., ROMERO RÓDENAS, M.J., *Relaciones laborales en el empleo público*, Madrid (Ibidem), 1995, pp. 64 ss. GODINO REYES, M., “La problemática de la contratación laboral en la Administración Local”, REDT 81(1997), pp. 41 ss. (pp. 64 ss.) y MUT GONZALEZ, F., *La aplicación del Derecho del Trabajo en las empresas públicas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, pp. 48 ss.

6 Por ejemplo, STSJ Canarias (Las Palmas) de 26 de noviembre de 1996 (Ar. 4630). Véanse también SSTSJ Asturias de 25 de abril de 1997 (AL 1184) y Castilla-León (Burgos) de 31 de marzo de 1997 (Ar. 1155),

7 STSJ Canarias (Las Palmas) de 11 de marzo de 1997 (RL 1214).

8Véanse LEON CAVERO, R.A. y BAL FRANCES, E., “Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal de las Administraciones Públicas”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 29 de mayo de 1997, pp. 1 ss.

9Véase MARTINEZ DE LA PEDRAJA ABARCA, A., “¿Por qué se insiste en enfrentar el Derecho laboral con los principios constitucionales de acceso a los puestos de trabajo en la Administración Pública?”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 3 de julio de 1997, pp. 1 ss. Conforme, MERCADER, “Problemas” cit., p. 14. Parte también del carácter indefinido SEMPERE NAVARRO, A.V., en *Jurisprudencia social. Unificación de doctrina*, marzo 1997, pp. 55 y 56.

caso, lo más frecuente es utilizar como sinónimos los conceptos de indefinido y fijo de plantilla.

De esta manera el argumento dista mucho de ser decisivo, sobre todo si tenemos en cuenta otros dos datos. El primero es que no existe ninguna duda del sentido que tiene en el discurso jurídico-laboral el concepto de “indefinido” como vinculación contrapuesta a la “temporal” (cfr. art. 15.1 ET). Por ello, si la cuestión que nos ocupa hubiera de resolverse exclusivamente en el terreno terminológico, no nos quedaría duda alguna de que al utilizar este concepto el TS ha querido precisamente excluir que el contrato correspondiente pueda ser calificado como temporal, en ninguna de sus clases. Pero es que, en segundo lugar, es posible dar a la contraposición entre el carácter indefinido y la inexistencia de fijeza de plantilla un sentido que permita salvar la integridad de ambos términos, sin necesidad de tener que interpretar que un contrato declarado “indefinido” por una sentencia resulta ser temporal en el momento de su ejecución. Volveremos luego sobre cuál puede ser el sentido de la no pertenencia la plantilla de estos trabajadores (*infra*, II).

b) En otro orden de cosas, conviene advertir de las limitaciones que presenta razonar en exclusiva sobre los principios de igualdad y capacidad y mérito en el acceso a los puestos de trabajo en el sector público. Aunque no es éste momento para reflexionar con detalle sobre este particular porque nos llevaría muy lejos, conviene indicar al menos que los citados principios no son los únicos que deben inspirar la actuación de la Administración Pública. Como ha recordado la propia jurisprudencia, ésta se encuentra también sujeta por el principio de legalidad (arts. 9.3 y 103.1 CE). Y ello supone, en la materia que nos ocupa, que la Administración Pública no puede vulnerar impunemente las normas laborales en materia de contratación.

Lógicamente, de acuerdo con las técnicas interpretativas habituales, ninguno de los citados principios se impone de forma absoluta sobre los demás. Por el contrario, los Tribunales de la Jurisdicción Social han venido realizando una labor de acomodación y equilibrio de los criterios que derivarían de unos y otro. Los resultados de esta labor interpretativa han sido, de un lado, que las Administraciones Públicas puedan utilizar la contratación temporal de forma mucho más flexible de lo que pueden usarla las empresas privadas, siendo más complicada en aquéllas que en éstas que, en virtud de las reglas del art. 15 ET, los trabajadores contratados como temporales se conviertan en indefinidos. Pero, de otro lado, la jurisprudencia laboral ha excluido que esta mayor libertad equivalga a una patente de corso que permita a la Administración realizar contratos temporales en el modo y manera que estime oportuno.

Estas ideas se encuentran perfectamente explicitadas, por ejemplo, en la STS u.d. de 28 de noviembre de 1995 (Ar. 8767) –que, por supuesto, no constituye un pronunciamiento aislado<sup>10</sup>. La sentencia, tras hacer un planteamiento general del problema que nos ocupa y recordar la dificultad de hacer una interpretación integradora de normas como las laborales y las administrativas que protegen intereses diferentes, resume la doctrina anterior de la Sala de lo Social del TS en tres orientaciones: “a) ... las irregularidades en los contratos temporales celebrados por las Administraciones Públicas no transforman la relación en indefinida; b) ... los puestos de plantilla cubiertos personalmente por contratos temporales cuando éstos incurren en defectos esenciales hacen subsistir la relación laboral en una situación de interinidad indefinida, hasta que sea cubierto el puesto reglamentariamente; y c) ... los criterios

10 Existen, en efecto, desde tiempo atrás sentencias en el mismo sentido de admitir la conversión del contrato temporal en indefinido (para referencias, véanse, por ejemplo, GODINO, “La problemática” cit., pp. 67 ss., LANDA ZAPIRAIN, J.P. y otros., *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*, Madrid (Civitas), 1993, pp. 36 ss. o LOPEZ GOMEZ, *El régimen jurídico* cit., pp. 214 ss.).

precedentes, de general aplicación, no son óbice para en casos especiales aceptar que, sin cubrir puestos de plantilla, existan contratos laborales de carácter indefinido”.

Como se ve en el último inciso, la existencia de contratos indefinidos, aun sin haberse seguido los procedimientos reglamentarios de selección, es admitida por esta importante sentencia. Y, de hecho, pronunciamientos posteriores del TS siguen esta misma orientación, declarando que en ciertos supuestos los trabajadores temporales irregularmente contratados se convierten en indefinidos (véase, por ejemplo, STS u.d. de 5 diciembre de 1996 -AL 607-). En consecuencia, y con todas las cautelas que se quiera, es obvio que ciertas irregularidades en la contratación temporal pueden producir la conversión de las correspondientes relaciones en indefinidas.

c) Por último, es seguro que los pronunciamientos unificadores del Tribunal Supremo que se comentan han querido unos resultados muy distintos de los que se alcanzarían en caso de entender que las nuevas vinculaciones indefinidas pero sin fijeza de plantilla continúan siendo temporales. Como hemos visto más arriba (*supra*, 2), de aceptarse esta interpretación nos encontraríamos ante una manifestación de la llamada interinidad impropia o indefinida. Sin embargo, es evidente que los Tribunales que aplican la categoría del indefinido que no es fijo de plantilla están plenamente seguros de que es radicalmente distinta de aquella.

Ello, aparte de resultar de los pronunciamientos de algunos Tribunales Superiores de Justicia posteriores a la STS u.d. de 7 de octubre de 1996<sup>11</sup>, se desprende con cierta facilidad de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ahora analizadas. De un lado, la ya citada, y transcrita en parte (*supra*, b), STS u.d. de 28 de noviembre de 1995 (Ar. 8767) parte de una clara diferenciación entre las situaciones de interinidad impropia y la excepcional existencia de contratos indefinidos derivados de irregularidades en la contratación. Y, en consecuencia, los posteriores pronunciamientos del TS se acomodan a esta pauta de comportamiento. De este modo, cuando la contratación temporal, aunque presente determinadas irregularidades, puede relacionarse con la cobertura de una plaza vacante, el TS cataloga al trabajador como interino indefinido<sup>12</sup>; por el contrario, si esta relación no puede establecerse, la irregularidad en la contratación conduce a la conversión del trabajador en indefinido y a su tratamiento como tal<sup>13</sup>, a veces con la salvedad de que no es fijo de plantilla<sup>14</sup>. De otro lado, las sentencias del TS que han creado la categoría de los trabajadores indefinidos que no pertenecen a la plantilla han resaltado la diferencia existente entre ésta y la interinidad impropia o indefinida. Ello se advierte con toda nitidez en la STS u.d. de 30 de diciembre de 1996 (Ar. 9864): en ella, el trabajador demandante es declarado indefinido pero no fijo de plantilla, excluyéndose, por las razones que se indican, que pueda ser aplicada al supuesto controvertido la doctrina respecto a la interinidad indefinida o impropia.

De todo lo anterior, resulta con total claridad, a nuestro juicio, que la voluntad de los

---

11Este parece ser el sentido de las SSTSJ Andalucía (Sevilla) de 18 de marzo de 1997 (AL 987) y, menos claramente –por que no hacen expresa referencia a las sentencias del TS– Comunidad Valenciana de 22 de abril de 1997 (Ar. 1500) y Navarra de 5 de marzo de 1997 (AL 1035), en las que, pese a declararse la existencia de una relación indefinida de los trabajadores al servicio de la Administración demandantes, se excluye la aplicación de la categoría de la interinidad impropia, por no haberse acreditado la existencia de plaza a la que referir sus prestaciones de servicio. Y, sin duda, lo es el de la ya citada STSJ Canarias (Las Palmas) de 17 de junio de 1997.

12Véanse, entre otras muchas, SSTS u.d. de 14, 20 y 21 de marzo de 1997 (Ar. 2474, 2606 y 2610), 29 y 30 de abril de 1997 (Ar. 3555 y 3560), 20, 22 y 29 de mayo de 1997 (Ar. 4106, 4419 y 4471) y 9 de junio de 1997 (Ar. 4690).

13Por ejemplo, SSTS u.d. de 13 de enero de 1997 (AL 767), 11 y 18 de marzo de 1997 (AL 981 y Ar. 2571), y 5 y 29 de mayo de 1997 (Ar. 3654 y 4473).

14SSTS u.d. de 7 de octubre de 1996 (Ar. 7492), 10 de diciembre de 1996 (Ar. 9139), 30 de diciembre de 1996 (Ar. 9864), 14 de marzo de 1997 (Ar. 2471) y 24 de abril de 1997 (Ar. 3498).

Tribunales que han creado y aplican a los trabajadores de la Administración la categoría de contratados indefinidos pero no de plantilla es la de que su situación sea distinta a la de los interinos impropios.

## II. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE.

**4. Planteamiento de la cuestión.** El principal escollo para aceptar esta conclusión se encuentra en el hecho de que los pronunciamientos del TS establecen la salvedad de que los correspondientes trabajadores no son fijos de plantilla de las correspondientes entidades públicas. En la medida en que, como ya se ha advertido, en la terminología habitual el carácter indefinido del contrato funciona como sinónimo de la fijeza en plantilla, es necesario encontrar una explicación satisfactoria para el pronunciamiento aparentemente contradictorio en que incurrían las sentencias. Dicho de otro modo, se trata de saber cómo es posible que un contrato sea, a la vez, indefinido sin que el trabajador vinculado por él sea fijo de plantilla.

La solución a esta cuestión serán abordada en primer lugar. Y, como veremos (*infra*, 5), la única solución que razonablemente puede sostenerse se basa en que, por razones vinculadas a las especialidades concurrentes en la persona del empleador, en el terreno de las contrataciones laborales de la Administración pública existe un doble estatuto jurídico, asociado, el primero, a la condición de trabajador indefinido y, el segundo, a la pertenencia a la plantilla. Ello conducirá a la conclusión, en segundo lugar, de que el régimen jurídico aplicable a la trabajadora demandante es peculiar, distinto tanto del que correspondería a un trabajador indefinido al servicio de una empresa privada como del que disfrutaban los demás trabajadores fijos de plantilla de la Administración Pública en la que aquélla presta sus servicios (6). En fin, y para concluir, cabría hacer algunas consideraciones respecto a las pautas de comportamiento que la Administración demandada podría seguir para solucionar las anomalías que de ello pudieran resultar (7).

**5. Distintas posibilidades interpretativas.** De la primera parte de este comentario, se desprende la inequívoca conclusión de que los trabajadores afectados por las SSTs deben necesariamente ser considerados indefinidos. Pero, a la vez, por imperativo de las mismas sentencias, no pueden ser considerados fijos de plantilla de las Administraciones demandadas. ¿Es posible armonizar estas ideas aparentemente contradictorias?

Para dar respuesta a esta cuestión, resulta preciso hacer una precisión preliminar que, según creemos, no puede ponerse en duda. Obviamente, y en la medida en que, como se ha reiterado varias veces, las expresiones “contrato indefinido” y “fijeza de plantilla” funcionan como sinónimas en el lenguaje jurídico-habitual, es claro que la contraposición que conscientemente ha introducido el TS en los últimos tiempos tiene que explicarse en alguna razón específica del supuesto que nos ocupa. Y es lógico pensar que la única razón que lo separa de otros supuestos de contratos temporales irregulares que en abstracto puedan imaginarse es que, en el que estamos afrontando, el protagonista de la contratación temporal irregular resulta ser una Administración Pública. De esta manera, puede sentarse una conclusión preliminar: la anómala contraposición entre “contrato indefinido” y “fijeza de plantilla” tiene que poder explicarse en las especialidades que constitucional y legalmente

existen en la política de personal de los entes públicos y, en concreto, en exigencias de los principios de igualdad, capacidad y mérito en el acceso a sus puestos de trabajo. En definitiva, cabe sostener que, al introducirla, el Tribunal está intentando armonizar los imperativos que, para la Administración, resultan del principio de legalidad -y que conducen, en ciertos casos, a la conversión de contratos temporales en indefinidos por mor de las reglas laborales- con las exigencias derivadas de aquellos principios -en cuya virtud, los puestos de trabajo del sector público sólo pueden ser cubiertos a través de procedimientos adecuados-.

A partir de estas consideraciones, las posibilidades interpretativas que se abren ante los operadores son las siguientes:

**5.1. La equiparación entre todos los trabajadores indefinidos de la Administración.** En una primera aproximación, cabría sostener, como parece haber hecho ya algún Tribunal Superior<sup>15</sup>, que la salvaguarda de los principios de igualdad, capacidad y mérito en el acceso a los puestos de trabajo del sector público queda suficientemente garantizada desde el momento en que declarar a un trabajador como indefinido por irregularidades en sus contrataciones temporales no supone en modo alguno convertirlo en personal funcionario o estatutario. Si esta primera interpretación fuera aceptada, el significado de la aparente contradicción quedaría fácilmente concretado: al decir que los trabajadores indefinidos no son de plantilla, el TS nos estaría simplemente diciendo que en modo alguno adquieren la condición de funcionarios o estatutarios, en el sentido técnico del término. La conclusión, en punto al régimen jurídico aplicable, sería sencilla: los trabajadores indefinidos, pero no fijos de plantilla, serían trabajadores de relación laboral común, a los que se aplicarían las mismas reglas que a sus compañeros que hubieran entrado al servicio de la Administración por la vía legalmente establecida<sup>16</sup>.

Ocurre, sin embargo, que esta posición interpretativa, excesivamente simplista, debe ser rechazada por razones muy claras. De entrada, nuestra legislación positiva en materia personal al servicio de las Administraciones Públicas incluye en la plantilla de éstas al personal laboral. En efecto, no cabe olvidar que lo más parecido al concepto laboral de plantilla que existe en las Administraciones Públicas son las relaciones de puestos de trabajo que deben existir en ellas. Y éstas no sólo incluyen al personal funcionario sino que también incluyen al personal laboral como resulta claramente de los arts. 15 y 16 Ley 39/1984. Por tanto, es imposible sostener que la expresión personal laboral indefinido no de plantilla pueda fácilmente equipararse a todo el personal laboral, pues, en buena lógica, lo normal, siempre que la Administración siga los oportunos procedimientos, será que la mayor parte de éste pertenezca a la plantilla.

De otro lado, de acuerdo con nuestra legislación y con jurisprudencia unánime de nuestros Tribunales, los principios de igualdad, capacidad y mérito no se aplican sólo a la cobertura de puestos funcionariales o estatutarios sino que extienden su aplicación también a los laborales indefinidos (arts. 19 Ley 30/1984 y 91.2 Ley 7/1985). En este sentido, la interpretación que se considera implicaría una clara vulneración de tales principios pues el

---

15STSJ Andalucía (Málaga) de 23 de noviembre de 1996 (AL A39/1997).

16Esta última es la postura de SEMPERE, *Jurisprudencia social* cit., p. 55, que descarta la existencia de diferencias de régimen jurídico relacionadas con la especificación de que estos trabajadores no son fijos de plantilla. También parece ser ésta la postura de alguna de las Administraciones afectadas por los pronunciamientos del TS. En concreto, la Orden de 12 de mayo de 1997, relativa al personal laboral del INEM acuerda incluir al personal indefinido no de plantilla en el catálogo de personal laboral de este organismo, bien que en plaza a extinguir, pero sin hacer salvedad alguna sobre las especificidades del régimen jurídico aplicable. Es más, la disp. transitoria 7ª del convenio colectivo del personal laboral del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, INEM y FOGASA (RDGT de 26 de noviembre de 1997, BOE de 4 de diciembre) equipara expresamente al personal indefinido a los trabajadores fijos de plantilla.

trabajador no podría ser reputado funcionario pero sería indefinido sin más, aun no habiendo superado el correspondiente procedimiento de selección que los concreta. Sin embargo, es claro que el Tribunal Supremo, al introducir la categoría de los contratados indefinidos que no son de plantilla no ha querido proceder a una radical revisión de la aplicación de estos principios sino simplemente cohesionarla con las exigencias derivadas del principio de legalidad y, en concreto, con el necesario respeto a los criterios derivados de las normas laborales. De hecho, en la primera STS que se ocupa de esta cuestión -la ya citada de 7 de octubre de 1996 (Ar. 7492)- se recuerda expresamente "el deber de las Administraciones Públicas de atenuamiento a los sistemas o procedimientos de contratación que concreten la puesta en práctica de tales principios constitucionales".

Por último, esta primera interpretación conduciría a una equiparación absoluta entre el personal laboral indefinido que haya accedido a sus puestos por la vía reglamentaria del que acceda por medio de una sentencia judicial, en virtud de las irregularidades cometidas en su contratación temporal. Sin embargo, es de todo punto claro que el exquisito cuidado manifestado por los Tribunales al introducir este nuevo concepto debe necesariamente tener alguna repercusión práctica. En caso contrario, no se estaría modificando la doctrina anterior, como los pronunciamientos del TS manifiestan estar haciendo, sino que simplemente se estaría aplicando la existente con anterioridad pues, antes de 1996, la jurisprudencia, en ciertos casos, ha declarado sin más la existencia de un contrato indefinido.

**5.2. Un régimen jurídico particular.** Se hace preciso, por tanto, arbitrar una interpretación alternativa que pueda dar cuenta de todas estas objeciones y encontrar un significado a la no pertenencia a la plantilla de la Administración Pública de este nuevo tipo de trabajadores. La pista para hallarla se encuentra, de nuevo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1996 (Ar. 7492), que las demás dictadas por el TS reproducen. En ella, el TS señala expresamente que la "precisión o matización" de su doctrina anterior -que declaraba sin más el carácter indefinido del contrato en ciertos casos- "no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según su duración, sino a la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración pública".

Este inciso, que tiene a nuestro juicio una importancia extraordinaria, nos indica que una cosa es que el contrato pueda ser indefinido -calificación del contrato según su duración- y otra bien distinta el *status* que corresponda al trabajador dentro de la Administración Pública correspondiente -que es la realidad que se estaría describiendo cuando se nos dice que tal trabajador no es fijo de plantilla-. De algún modo, el Tribunal Supremo está diciendo que los trabajadores afectados concitan en su régimen jurídico dos aspectos diferentes: de un lado, como trabajadores afectados por una grave irregularidad en su contratación laboral, pasan a ser considerados como trabajadores indefinidos, por imperativo de las normas laborales aplicables también dentro de las Administraciones Públicas; de otro, y sin embargo, la falta de superación del oportuno procedimiento reglamentario de acceso hace que estos trabajadores no puedan tener el mismo tratamiento jurídico que el resto del personal laboral del organismo público que sí reúne esta condición.

Como además, ya sabemos cuáles son las razones que inducen al TS a elaborar esta nueva categoría del indefinido que no pertenece a la plantilla del organismo público, podemos deducir con cierta facilidad en qué aspectos su tratamiento será distinto del de los trabajadores indefinidos que sí formen parte de ella. En efecto, como hemos reiterado varias veces, es claro que al introducir esta extraña categoría el Tribunal Supremo ha pretendido cohesionar al máximo las exigencias derivadas de igualdad, mérito y capacidad derivadas de la legislación administrativa con las de estabilidad en el empleo resultantes del Ordenamiento

laboral al que la Administración también queda sujeta. En este contexto, la anómala categoría del indefinido que no es de plantilla evitar la anulación completa de aquellos principios que supondría una equiparación, sin más, de todos los trabajadores indefinidos, hayan accedido por la vía reglamentaria o a través de una declaración judicial tras una contratación temporal irregular. Sale así al paso de las críticas doctrinales dirigidas a la admisión sin más de la conversión de temporales en indefinidos, cuando no ha existido proceso de selección alguno<sup>17</sup>, por el peligro que entraña para los principios constitucionales en materia de acceso al empleo público. Y lo hace a través del intento de garantizar la mínima compresión del principio que se sacrifica.

En este sentido, es claro que aceptar la existencia de un indefinido no seleccionado por el procedimiento reglamentario implica un claro sacrificio de los principios de igualdad, capacidad y mérito que deben regir la selección de todo el personal de las Administraciones Públicas. Pues bien, el TS intenta que este sacrificio se limite al mínimo indispensable, el relacionado con la reparación de la irregularidad cometida. Para ello, declara que el trabajador se ha convertido en indefinido. Sin embargo, excluye que el sacrificio de los principios de igualdad, capacidad y mérito pueda llegar más allá de esta declaración a través de la expresa declaración de que aquél no pertenece a la plantilla del organismo público, circunstancia que, como se desprende del inciso transcrito más arriba, afecta a la “posición subjetiva del trabajador en la Administración pública”. Dicho de otro modo, este nuevo tipo de trabajadores aparece dotado de un régimen particular que conjuga dos ideas bien diferentes. De un lado, como trabajadores indefinidos disfrutan en principio de todos los derechos que las normas aplicables reconocen a estos, incluyendo la garantía de estabilidad en el empleo, y asimismo están vinculados por todos los deberes que les gravan, en identidad de condiciones. De otro lado, y en sentido contrario, al no haber accedido a la Administración por el procedimiento reglamentario, tienen una particular “posición subjetiva”: no son fijos de plantilla ni gozan de determinados derechos y expectativas reservadas a quienes se integran en ella a través del procedimiento reglamentario que garantice suficientemente los principios de igualdad, capacidad y mérito.

El problema es, lógicamente, determinar dónde se encuentra la frontera entre ambas ideas: a qué efectos se asimilan unos y otro y a qué efectos no; o, en definitiva, cuáles son los derechos y expectativas del personal laboral de plantilla del que quedan privados quienes son declarados indefinidos sin pertenecer a ella. Pero, razonando de nuevo sobre la particular finalidad perseguida por nuestros Tribunales al establecer por vía interpretativa esta nueva categoría, es fácil encontrar la línea definitoria. En efecto, si de lo que se trata con la declaración de que un contrato es indefinido pero su titular no pertenece a la plantilla es preservar al máximo los principios de igualdad, capacidad y mérito en la política de personal de las Administraciones Públicas, lógicamente las ventajas a las que no podrán acceder estos trabajadores son precisamente las que se relacionan con los propios principios de igualdad, capacidad y mérito. Es decir, los trabajadores indefinidos que no sean fijos de plantilla deberán quedar al margen de cuántos derechos, ventajas y expectativas se contengan en la ordenación aplicable a los trabajadores de la Administración en razón precisamente de que accedieron a estos puestos superando el correspondiente procedimiento adecuado.

**6. Un intento de concreción de los criterios generales.** Resulta, por supuesto, difícil intentar una reconstrucción detallada de los resultados prácticos a los que puede conducir el criterio que se acaba de exponer. Sin embargo, creemos que pueden sentarse la

---

<sup>17</sup>Por ejemplo, ALTES, *La contratación* cit., pp. 105 y 106, o GODINO, “La problemática” cit., pp. 72 y 73.

conclusión siguiente para intentar una mayor concreción del régimen jurídico que corresponde a los trabajadores indefinidos que no pertenecen a la plantilla: la regla general ha de ser la de la aplicación de las normas laborales en toda su extensión (a); se exceptuarán sólo aquellas que presenten una vinculación con los principios que rigen el personal de las Administraciones Públicas -principios de capacidad y mérito-, que serán patrimonio exclusivo de los trabajadores de plantilla (b).

a) No cabe duda que la mayor parte del régimen jurídico resultará de la aplicación de las normas laborales correspondientes, sean legales o convencionales. Las condiciones salariales y de trabajo (jornada y horario, descansos, ...), la determinación de la prestación (movilidad funcional, movilidad geográfica, modificación sustancial) y las vicisitudes del contrato (suspensión, extinción) serán reguladas de acuerdo con la legislación general y las normas sectoriales aplicables específicamente en la Administración Pública en la que presten sus servicios. Del mismo modo, estos trabajadores serán relevantes a todos los efectos en el terreno del Derecho Colectivo (elecciones “sindicales”, etc.). Y, por supuesto, gozarán de las mismas ventajas asistenciales y de Seguridad Social que disfruten sus compañeros.

En sentido contrario, los poderes directivos empresariales, entendidos en sentido amplio, se someterán, en principio a los mismos criterios que se prevean para sus compañeros.

b) ¿Dónde encontrar entonces la diferencia? En la falta de aplicación a estos trabajadores de determinadas ventajas, sea cuál se la fuente de la que resulten, que se asocien indisolublemente a los principios de igualdad, capacidad y mérito. Y no se crea que esta cláusula sea una cláusula vacía de contenido. Por el contrario, y aunque hará falta un estudio más detallado para llegar a conclusiones definitivas respecto a los diversos aspectos que pudieran estar incluidos en este apartado, se nos ocurren varios ejemplos de prerrogativas o expectativas que, al estar asociados a los principios de igualdad, capacidad y mérito, no serán en modo alguno disfrutados por los trabajadores que, pese a su vinculación indefinida, no pertenezcan a la plantilla.

El primero de estos ejemplos se sitúa en el terreno de la promoción profesional. Lógicamente, ésta queda también sujeta a los principios de igualdad, capacidad y mérito. Pues bien, lógicamente, quien no los ha satisfecho en su ingreso en la Administración, difícilmente podrá gozar de expectativas en este terreno. Es probable por ello que este particular personal no podrá ser puesto en pie de igualdad con los trabajadores de plantilla *stricto sensu* a efectos de participar en concursos para la provisión de puestos o ascensos, concursos de traslado, oposiciones restringidas, etc.

El segundo, en el terreno de las modalizaciones de las reglas que rigen la estabilidad en el empleo. En este terreno, se ha sostenido doctrinalmente que los trabajadores al servicio de la Administración Pública, en la medida en que han accedido a sus puestos por un procedimiento de selección adecuado, presentan especialidades en materia de despido. Precisamente para garantizar la integridad de los principios de igualdad, capacidad y mérito, en caso de que estos trabajadores sean despedidos sin justa causa, declarándose improcedente el despido, se modificaría el régimen general previsto para los trabajadores privados: la Administración Pública no tendría derecho a optar entre indemnizar o readmitir, sino que quedaría forzada a esta última<sup>18</sup>. Pues bien, esta especialidad, dada su vinculación con criterios constitucionales que no han sido satisfechos, no sería de aplicación a los trabajadores indefinidos por conversión de contratos temporales irregulares. De hecho, esta

---

18Véanse SALA, *Incidencia* cit., pp. 45 y 46; LOPEZ GOMEZ, *El régimen jurídico* cit., pp. 374 ss.

idea esta presente ya en la casuística jurisprudencial<sup>19</sup> lo que sirve de ulterior apoyo a la tesis que se sostiene en este comentario sobre el significado de la falta de integración en la plantilla.

**7. Una última cuestión: la eventual persistencia del deber administrativo de cubrir los puestos de trabajo por los procedimientos establecidos al efecto y su trascendencia.** Las particularidades indicadas no afectan, claro es, al juego de las reglas extintivas previstas por los arts. 49 ss. ET. De otra manera no se entiende como el contrato podría ser indefinido en el sentido técnico-jurídico del término. Y lógicamente esta conclusión debe ser sostenida, a nuestro juicio, aunque suponga que se consolide un trabajador en el ámbito de la Administración sin haber superado el procedimiento selectivo legal o reglamentariamente establecido. Obsérvese, en este sentido, que ninguna salvedad se establece al respecto en las sentencias que se comentan.

Ello no obstante, entre los comentaristas de la STS u.d. de 7 de octubre de 1996 (Ar. 7492), hay quien ha indicado que las Administraciones Públicas condenadas a mantener a un trabajador indefinido pero no fijo de plantilla estarían obligadas a incluir el correspondiente puesto de trabajo en la siguiente Oferta de Empleo Público, para su cobertura por el correspondiente procedimiento de selección –sin perjuicio, claro está, de que la eventual extinción del contrato indefinido conectada con esta circunstancia debiera ir acompañada de la indemnización prevista en la legislación laboral<sup>20</sup>.

Desde nuestro punto de vista, sin embargo, esta interpretación no es enteramente correcta. Creemos que no es dudosa la existencia de una obligación como la descrita que obligue necesariamente a la extinción del contrato de trabajo de los trabajadores beneficiados por los pronunciamientos comentados (a), sin perjuicio de que, las correspondientes Administraciones, en su caso, pudieran proceder a utilizar las facultades que el Derecho del Trabajo les reconoce en cuanto empleador (b).

a) En el primer sentido, conviene tener presente que la obligación de incluir los puestos ocupados por estos trabajadores no resulta, desde luego, de la legislación laboral; ni tampoco, a nuestro juicio de la legislación administrativa aplicable. En este último sentido, conviene señalar la regla fundamental en materia de formación de la oferta de empleo público, contenida en el art. 18.4 de la Ley 30/1984 -en la versión actualmente vigente-. De acuerdo con este precepto, que, dado su carácter básico se aplica también en las CC.AA. y cuya aplicación a las Corporaciones Locales no puede ponerse en duda (cfr. arts. 91 Ley 7/1985 y 128 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986), "las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes serán objeto de Oferta de Empleo Público". Este precepto debe, además, ser ubicado en su contexto actual: hay que recordar en este sentido que el resto de los apartados del art. 18 de la Ley 30/1984 se dedican a los llamados Planes de Empleo que son instrumentos dirigidos a maximizar los recursos humanos existentes en las Administraciones Públicas.

Pues bien, habida cuenta de todo ello, del art. 18.4 Ley 30/1984 no puede deducirse,

---

<sup>19</sup>Son significativas en este sentido las SSTS u.d. de 12 de julio de 1994 (Ar. 7156), 24 de noviembre de 1995 (Ar. 8765) y 20 de marzo de 1997 (Ar. 2598). Todas tres excluyen que la regla del convenio colectivo en virtud de la cual en caso de despido improcedente la opción entre indemnización y readmisión corresponde al trabajador al servicio de una determinada entidad pública sean aplicables a los casos en que el trabajador adquirió la condición de indefinido como consecuencia de una contratación temporal irregular.

<sup>20</sup>MARTINEZ DE LA PEDRAJA, "¿Por qué?" cit., p. 2. Conforme, MERCADER, "Problemas" cit., p. 14.

a nuestro juicio, la obligación de la Administración Pública de crear e incluir en la oferta de empleo público los puestos asociados a trabajadores indefinidos que no sean de plantilla. De un lado, desde la perspectiva literal, cabe argumentar que la Administración debe considerar los "efectivos de personal existentes" antes de configurar su oferta de empleo público. Y, con los condicionantes que se quiera, este particular tipo de trabajadores indefinidos no dejan de ser "efectivos de personal existentes" que deben ser tomados en consideración para configurar ulteriormente la oferta de empleo público, sobre todo, habida cuenta los criterios de "racionalidad, economía y eficiencia" que se predicen de las plantillas y, por tanto, de las políticas de personal de las Administraciones (cfr., por ejemplo, 90.1 Ley 7/1985).

De otro lado, y sobre todo, conviene hacer notar como la formación de la oferta de empleo público ha perdido, con las reformas acaecidas desde la introducción de esta institución en 1984, todo el automatismo que inicialmente la caracterizó. Si en la versión original de la Ley 30/1984 la oferta de empleo público debía comprender todas las plazas vacantes, sin perjuicio de la eventual modalización que se permitía del *iter* procedimental para su efectiva cobertura, en la normativa vigente se han abierto márgenes de discrecionalidad administrativa a la hora de determinar las plazas que pueden ser incluidas en línea con la obtención de un resultado: el control del gasto en materia de personal. Esta transformación, señalada por la doctrina administrativa más atenta<sup>21</sup>, se advierte claramente en la legislación básica del Estado: basta comparar la redacción inicial del art. 18 Ley 30/1984 con la actualmente vigente para advertirla. Y, aún más claramente, en la normativa reglamentaria que lo desarrolla para la Administración del Estado que expresamente entiende que la decisión de incluir o no una plaza en la oferta de empleo público depende de la valoración administrativa de la conveniencia<sup>22</sup>.

No creemos, pues, que la Administración quede obligada a incluir en la oferta de empleo público los puestos ocupados por trabajadores indefinidos que no sean fijos de plantilla.

**b)** No obstante, es claro que lo anterior no impide que las correspondientes Administraciones puedan proceder a convocarlos si lo estima conveniente dentro de su política de personal. Mas ello ya no pertenece, según creemos, al dominio técnico jurídico sino a otro bien distinto. Es preciso advertir, en este sentido, que las consideraciones que siguen no pertenecen ya al terreno técnico-jurídico sino al de la oportunidad política: a diferencia de las que se han desarrollado hasta ahora, no se desprenden necesariamente del fallo de las sentencias que nos han ocupado. Por el contrario, constituyen un haz de posibilidades de las que la Administración dispone a la luz de las normas laborales y que, en ejercicio de una decisión política que sólo a él incumbe adoptar, puede poner en marcha si lo estima oportuno.

Este haz de posibilidades comprende, desde luego, y en primer lugar, la posibilidad de mantener las situaciones derivadas de la sentencia que se comenta o de otras similares. En este primer caso, los trabajadores declarados indefinidos pero excluidos del ámbito de la plantilla, sin necesidad de superar concurso u oposición ninguna, deben seguir indefinidamente en su puesto de trabajo -o en el que se les asigne en virtud del ejercicio de los poderes empresariales directivos (movilidad funcional, etc.)-, manteniendo el *status* laboral que les corresponda. Sólo que, como ya se ha indicado, tendrán vedado el acceso a las distintas medidas que pudieran existir en el terreno de la promoción profesional. Esta situación habrá de ser mantenida hasta el momento en que el contrato se extinga, por alguna de las causas

<sup>21</sup>SANCHEZ MORON, M., *Derecho de la función pública*, Madrid (Tecnos), 1996, p. 108.

<sup>22</sup>Véase en este sentido el art. 7 Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado, aprobado por RD 364/1995, en cuya virtud sólo deben incluirse en la oferta de empleo público las plazas cuando "se considere conveniente su cobertura durante el ejercicio".

legalmente previstas en los arts. 49 ss. ET.

Pero, en segundo lugar, la Administración puede entender que esta solución es indeseable en atención a múltiples circunstancias: el contexto político de la institución, las posibles tensiones internas que pudiera generar la existencia de distintos tipos de trabajadores (quienes son y no de plantilla, los temporales y los convertidos en indefinidos pero no de plantilla...), etc. En este caso, tendría abierta la posibilidad de proceder a integrar las correspondientes plazas en la relación de puestos de trabajo, incluirlas en la oferta de empleo público y, lógicamente, cubrirlas por los procedimientos previstos para su provisión. En este último caso, habría que proceder a extinguir los correspondientes contratos de los trabajadores indefinidos que no fueran de plantilla.

Respecto a esta eventual extinción, cabría sin embargo hacer las siguientes precisiones importantes desde una perspectiva técnico-jurídica. De entrada, en la medida en que, como creemos haber demostrado, los trabajadores indefinidos pero no de plantilla a los que se refiere este comentario son trabajadores indefinidos en el sentido escrito del término, el mero hecho de que los puestos de trabajo que ocupan fueran sacados a concurso, oposición o cualquier otro medio de cobertura reglamentaria dentro de la legalidad administrativa vigente no constituiría, sin más, causa justa para proceder a la extinción del contrato de trabajo. Hay que excluir, sin duda, la posibilidad de una extinción libre y sin costes económicos para la Administración relacionada con el hecho de que la cobertura de la plaza se produzca por vía reglamentaria.

Ello no excluye, sin embargo, que, dentro de las posibilidades que ofrece la legislación laboral pudiera procederse a una extinción de los contratos, mediando la indemnización legal, para después convocar la plaza y proveerla por el sistema correspondiente<sup>23</sup>. Existe, incluso, la posibilidad de que esta extinción se acuerde sin necesidad de provisión reglamentaria de la plaza, por supresión de la dotación presupuestaria destinada a retribuir al trabajador indefinido pero no de plantilla. La vía adecuada para realizar esta extinción sería recurrir al despido por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas regulado en los arts. 51 y ss. ET pues no existe duda sobre la aplicación de estos preceptos en la Administración Pública<sup>24</sup>. Para ello, debería seguir los distintos procedimientos previstos en nuestra legislación. En concreto, el despido habría de seguir, según el número de trabajadores afectados, la vía colectiva (expediente de regulación de empleo: art. 51 ET) o individual (extinción por causas objetivas: arts. 52 y 53 ET). Y, en cualquiera de ambos casos, los trabajadores afectados tendrían derecho a percibir las indemnizaciones legalmente establecidas de 20 días de salario por año de servicio, con el límite de 12 mensualidades.

Conviene, no obstante, advertir que esta opción tiene sus riesgos para la Administración, al menos en tanto no se clarifique por vía jurisprudencial la cuestión que sigue. En efecto, los despidos por causa económica, técnica, organizativa o productiva son despidos causales, incumbiendo al empresario la prueba de la existencia de las causas dentro de las coordenadas de los arts. 51.1 y 52.c) ET. Ello plantea la cuestión de determinar si la decisión de extinguir el contrato para proceder a la creación de una plaza similar, pero dentro ya de la plantilla del organismo público o, simplemente, para ahorrar el coste presupuestario que deriva de su mantenimiento, se adecúa o no a las exigencias causales incluidas en aquellos preceptos.

---

23Conforme en cuanto a la necesidad de indemnizar, MARTINEZ DE LA PEDRAJA, “¿Por qué?” cit., p. 2 o MERCADER, “Problemas”, p. 14.

24Véase LOPEZ GOMEZ, *El régimen jurídico* cit., pp. 380 ss. Conviene advertir que existe un cierto número de pronunciamientos que aceptan la utilización del despido por causas económicas en las entidades públicas (STS 19 de diciembre de 1974, Ar. 5041 y STCT de 26 de abril de 1983, Ar. 3607) y otros que la presuponen (STS 30 de marzo de 1988, Ar. 4670, STCT 14 de enero de 1983, Ar. 325, y STS cont. 27 de febrero de 1982, Ar. 568).

Y esta es una cuestión que, en este momento, tiene respuesta poco clara toda vez que no existen precedentes claro respecto a ella<sup>25</sup>.

El riesgo, por tanto, se encuentra en que la extinción basada en estos preceptos sea declarada ilegítima por la instancia competente. En este caso, seguiría existiendo la posibilidad de extinguir el contrato, pero los costes indemnizatorios aumentarían considerablemente pasando a ser de 45 días por año de servicio, con el límite de 42 mensualidades.

### III. CONCLUSIONES.

**8. Reflexiones finales.** Las consideraciones que anteceden deben considerarse, desde luego, provisionales. El obvio hermetismo jurisprudencial –y, por lo que nos consta, de la doctrina de suplicación subsiguiente– respecto al alcance práctico de la declaración de que un trabajador de la Administración Pública es indefinido pero, a la vez, no es fijo de plantilla hace difícil llegar a conclusiones definitivas sobre el particular. Por ello, es posible que, en realidad, al haber lanzado a comentaristas y Tribunales inferiores el reto de desentrañar su sentido, el Tribunal Supremo se esté reservando la posibilidad de entrar en un momento posterior en ulteriores sentencias unificadoras que seleccionen entre las diversas soluciones que aquellos paulatinamente hayan ido elaborando; y sólo en ese momento sabremos con certeza lo que quiere decir la enigmática categoría que el Alto Tribunal ha introducido. Es posible, incluso, que en estos ulteriores pronunciamientos el Tribunal Supremo abandone la línea que ha abierto desde octubre de 1996, en sentido imprevisible. A ello nos tiene acostumbrado la reflexión jurisprudencial en el terreno que nos ocupa.

En todo caso, con tales limitaciones, nos parece oportuno hacer algunas reflexiones conclusivas sobre la línea jurisprudencial que ha sido objeto de comentario:

a) Creemos, en primer término, que esta línea jurisprudencial es una línea innovadora respecto a los planteamientos sostenidos con anterioridad por jurisprudencia y doctrina judicial. Y ello es importante: en tanto el TS no clarifique definitivamente su alcance, no son admisibles interpretaciones voluntaristas de su doctrina, para llegar al mismo punto de partida –la reconducción las irregularidades sustanciales y graves en la contratación temporal de las Administraciones al terreno de la temporalidad a través del discutible uso de la figura de la interinidad–. La solución dada por el TS supone una novedad respecto de su propia doctrina, a pesar de que se le pueda reprochar que no especificase el alcance y los límites de la distinción entre indefinidos y fijos de plantilla. Y, en consecuencia, los operadores deberán atenerse a esta circunstancia.

Ciertamente, ello no implica de forma necesaria compartir la totalidad de las posiciones que se han defendido en este trabajo. Sin embargo, creemos que el carácter

---

<sup>25</sup>De un lado, la extinción basada en que las funciones desarrolladas por el trabajador indefinido no de plantilla pasan a ser desarrolladas por trabajador o funcionario previstos en la RPT entraría, probablemente, en el concepto de causa organizativa. Sin embargo, por lo que nos consta, no existe pronunciamiento alguno que lo haya afirmado. Por su parte, la supresión de la dotación presupuestaria, con consiguiente amortización del puesto de trabajo, sería un supuesto de causa económica. Sin embargo, dado el concepto de causa económica consagrado en 1994 -existencia de pérdidas- subsisten las dudas que al respecto ya había manifestado la doctrina anterior. Sobre todo ello, véase SALA, *Incidencia* cit., p. 48.

incontestablemente novedoso de las decisiones del TS supone, cuando menos, que las decisiones extintivas de los contratos declarados indefinidos –aunque sus titulares no pertenezcan a las plantillas administrativas– deberán ser tratadas como las de los trabajadores indefinidos comunes; y, por tanto, deberán ir acompañadas de la correspondiente indemnización de acuerdo con las reglas generales del Ordenamiento laboral.

b) En segundo lugar, nos parece que la solución que se deriva de los pronunciamientos comentados es razonablemente satisfactoria para la mayor parte de los intereses en juego. De un lado, no cabe duda de ello respecto de los trabajadores temporales de la Administración que recuperan los derechos que, como trabajadores, les corresponden, sin que las eventuales incorrecciones sustanciales en el comportamiento de la Administración –de las que normalmente no son responsables– les afecten en manera desproporcionada. La propia Administración, de otro, no ve extraordinariamente afectada su capacidad de maniobra: después de todo, las irregularidades sustanciales denotan la existencia de una indebida utilización de la temporalidad y, por tanto, la existencia de una necesidad permanente de personal que, a la postre, se cubre con personal permanente; y, si aquella no existiera, la Administración dispone, como cualquier otro empresario, de mecanismos de reestructuración de plantilla para solventar el problema.

c) No olvidamos, por supuesto, que otros intereses quedan efectivamente en el aire. Fundamentalmente, el interés de los ciudadanos que, por un lado, en cuanto contribuyentes resultan perjudicados por el eventual aumento de costos laborales derivados del carácter indefinido de los contratos –si la Administración opta por extinguirlos– y, por otro y sobre todo, en cuanto eventuales interesados en el acceso a los puestos de trabajo del sector público, pueden ver sus expectativas defraudadas por los efectos aparejados a las irregularidades contractuales cometidas por la Administración.

Ahora bien, con ser evidente la existencia de estos intereses difusos efectivamente perjudicados por la adquisición de fijeza de los contratados temporales de las Administraciones, no lo es menos que acaso los mismos no justifiquen soluciones diferentes a las que aquí se han defendido –u otras similares–. A nuestro juicio, la tutela de estos intereses no debe hacerse a través de la derogación real de las normas laborales que los propios ciudadanos, a través de sus representantes, han establecido sino más bien por la vía de la exigencia de las responsabilidades, políticas o de otro tipo, en la que puedan incurrir los gestores de las Administraciones y que sólo conducen, en el terreno laboral, a la aplicación de aquellas reglas.

Otra cosa ocurriría, creemos, si, explícitamente, la ley hubiera optado por exceptuar la aplicación de las normas laborales en el terreno de la Administración Pública. Es más, una expresa decisión legal sobre este particular parece de todo punto necesaria en este momento, pues, con independencia de que su sentido se acomodará o no a lo indicado en este trabajo, al menos la misma dotaría de certeza y seguridad al alcance real que la tutela de estos intereses difusos debe tener en la contratación temporal de la Administración Pública. Por ello nos extraña que la cuestión del personal laboral temporal de las Administraciones Públicas esté quedando, según parece, al margen de los trabajos preparatorios del nuevo estatuto de la función pública. La reflexión sobre éste puede ser, en nuestra opinión, un lugar inmejorable para que el Legislador se pronuncie sobre aquélla.

Las Palmas, febrero de 1998.