

Id Cendoj: 41091340012010100669  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Sevilla  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 106/2010  
Nº de Resolución: 1055/2010  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD  
Tipo de Resolución: Sentencia

Recurso.- 106/10 (L), sent. 1055 /10

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTOS. SRES.:

D. JOAQUÍN LUIS SANCHEZ CARRIÓN, Presidente

D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> ELENA DÍAZ ALONSO

D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD

D. BENITO RECUERO SALDAÑA

En Sevilla, a seis de abril de dos mil diez.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Iltmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA NÚMERO 1055 /10**

En el recurso de suplicación interpuesto por el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE CAMAS, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Sevilla en sus autos núm. 655/09; ha sido Ponente el Iltmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Según consta en autos, el recurrente fue demandado por D. Carlos , en demanda de despido, se celebró el juicio y el 30 de septiembre de dos mil nueve se dictó sentencia por el referido Juzgado, estimando la pretensión, previa declaración de tener el trabajador la condición de indefinida.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"PRIMERO:Don Carlos viene presentando servicios laborales para la Entidad demandada en la localidad de Camas desde el día 21-6-2004 de forma ininterrumpida, con la categoría profesional de peón limpieza viana, realizando las funciones propias de dicha categoría y percibiendo a la fecha del cese un salario diario a efectos de indemnización por despido de cincuenta y un euros con noventa y dos céntimos (51,92 #/ día), desglosado de la siguiente forma:

## CONCEPTOS IMPORTES MES=IMPORTES DIA

Salario base 849,18 #/30=28,31 #/día

P.P. Pagas Extras 228,77 #/30=7,63 #/día

Plus Convenio 316,77 #/30=10,56 #/día

Productividad 61,86 #/30=2,06 #/día

Product. Fines semana (media últimos 12 meses) 3,36 #/día

TOTAL.....51,92 #/día

SEGUNDO: El actor ha prestado servicios para el Ayuntamiento de Camas desempeñando funciones laborales de peón limpieza diaria en tareas de limpieza y adecentamiento de distintas vías públicas (calles, carreteras y plazas) de varias barriadas de la localidad.

TERCERO: En el tiempo que ha estado trabajando para la entidad **local** demandada, la relación laboral se ha articulado mediante la suscripción encadenada de 23 contratos temporales, de los cuales 10 han sido eventuales por circunstancias de la producción y 13 han sido por obra o servicio determinado.

CUARTO: El Ayuntamiento ha decidido extinguir el contrato de trabajo con efectos del día 2/04/2009.

QUINTO: El trabajador no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores.

SEXTO: La parte actora ha interpuesto, en tiempo y forma reclamación previa a la vía jurisdiccional laboral."

TERCERO.- El demandado recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia estimatoria de la pretensión de despido, declarado improcedente previa declaración de ostentar el actor la condición de trabajador indefinido (cfr. FDº 2º), se alza el demandado por el cauce de los apartados b) pretendiendo la revisión por adición del HP 3º; y por el c) del *art 191 LPL*, denunciando la infracción del *art. 56 ET* como del *art. 103.3 CE* y *15 ET*. Argumenta que la indemnización debió ser fijada compensando lo percibido como indemnización por fin de contrato. Añade que si la sentencia consideró ilícita la contratación debió declarar, en congruencia con la naturaleza del empleador, una **Administración** Pública, el carácter de "indefinición temporal" de la relación temporal, y no solamente de "indefinida" sin calificativo alguno, que lleva a equipararla con el trabajador fijo, de plantilla.

La sentencia declara que el actor es trabajador indefinido por fraude en la contratación.

SEGUNDO.- El recurrente pretende la revisión del HP 3º para que se adicione que: "Habiéndole abonado la corporación **local**, a la finalización de los contratos temporales de fecha de inicio 1-1-08, 1-10-08 y 11-11-08, en concepto de indemnización contemplada en el *art. 49 del ET* la suma total de euros trescientos setenta y dos con veinticuatro céntimos".

Lo apoya en el doc. de los f. 34, 39, 41, 33, 42 y 32.

No se accede a la revisión pretendida ya que es irrelevante a efectos de alterar el fallo dada la jurisprudencia aplicable, que luego se explicará.

TERCERO.- El recurrente denuncia la infracción del *art. 56 ET* al no compensarse, en la fijación de la indemnización por despido, lo percibido por fin de contrato *ex art. 49 ET*.

El TS en SSTs 31-5-2006 y 9-10-2006 (RJ 3353, 7187) fijó el criterio de que la empresa no puede descontar de la indemnización por despido improcedente las cantidades que hubiera satisfecho al trabajador como consecuencia de las liquidaciones de los sucesivos contratos temporales declarados fraudulentos.

En nuestro caso el Ayuntamiento condenado por despido improcedente pretende compensar el importe de la indemnización con las cantidades que previamente ha satisfecho al trabajador despedido como indemnización por cese a la terminación de los contratos temporales (bajo la modalidad de obra o servicio) que ha celebrado de forma ininterrumpida durante casi 6 años, y que ha sido declarada la cadena *ex art. 15.5 ET* indefinida, que no por fraudulentos los contratos.

La doctrina del TS parte de la contenida en la STS de 25 mayo 1997 (RJ 6128 ) sobre los requisitos de la compensación de deudas y su distinción frente a la reconversión, la Sala Cuarta concluye:

a.- Que la compensación de deudas, como hecho extintivo de la obligación de indemnizar o minoración de la indemnización acordada, puede invocarse como excepción en causa por despido, al margen de la procedencia o improcedencia de la misma. No se trata de una reconversión.

b.- Para que dos deudas sean compensables, es preciso, de conformidad con el *art. 1196 del Código Civil*, que las dos estén vencidas, que sean líquidas y exigibles. La sentencia de este comentario entiende que las cantidades que se pretende compensen parte del importe de la indemnización por despido fueron satisfechas en su momento por el empleador como uno de los elementos integrantes de una serie de operaciones que, en su conjunto, se han calificado como contrataciones en fraude de ley, y por ello, no generaron una deuda del trabajador a la empresa, e, inexistente la deuda, obviamente no procede compensación alguna.

Siguiendo el criterio jurisprudencial expuesto y aun entendiendo que hace de mejor condición al trabajador que adquiere la condición de fijo como consecuencia de haber cometido la empresa irregularidades en su contratación temporal que al fijo de origen (el primero recibe tantas indemnizaciones como contratos temporales ha celebrado de forma sucesiva, aplicando lo dispuesto en el *artículo 49.1.c ) ET*, y, caso de declararse éstos fraudulentos, los años de servicios prestados vuelven a computarse para calcular la indemnización por despido improcedente que la empresa está obligada a satisfacerle, sin posibilidad de descontar lo ya percibido, mientras que el trabajador contratado por tiempo indefinido sólo tiene derecho, cuando es despedido improcedentemente, a la indemnización prevista en el *art. 56.2 ET*) en nuestro caso hay una declaración de que esos contratos son fraudulentos. Luego calificados como contrataciones en fraude de ley, no generaron una deuda del trabajador a la empresa, e, inexistente la deuda, obviamente no procede compensación alguna.

CUARTO.- El recurso, expuesto lo precedente, no es baladí como alega la impugnante, pues es confusa (como es confusa la doctrina y la jurisprudencia que aborda este fenómeno) la referencia que realiza la sentencia al trabajador indefinido, aunque luego lo califica como no fijo de plantilla, pues eso puede llevar a hacerlo de igual condición que el trabajador fijo, cuando la doctrina judicial ha consolidado la diferencia entre ambos conceptos; pues los citados se reducen a dos: trabajador fijo y trabajador indefinido, no de plantilla.

La diferencia entre trabajador fijo y trabajador indefinido (que es lo mismo que decir "fijo no de plantilla", o "como un interino vacante", según sentencias o sector doctrinal que aborde esta patología laboral) es la propia titularidad de la plaza ocupada, de tal forma que, mientras la que lo esté por personal fijo nunca podrá ser considerada vacante a efectos de proceder a su provisión definitiva, la desempeñada por un trabajador indefinido está llamada a ser ocupada por el procedimiento legalmente establecido. Será conforme a derecho la actuación llevada a cabo por la **Administración** en orden a conceptualizar como vacante el puesto de trabajo ocupado en su condición de trabajador vinculado por una relación laboral de carácter indefinido y la correlativa obligación de la **Administración** correspondiente de adoptar las medidas necesarias para la provisión regular de la plaza (SSTS 20-1-98, RJ 1000; 10-11-99, RJ 7843; 6-5-03, RJ 5765 ).

Sería prolijo describir el itinerario jurisprudencial seguido sobre las irregularidades en la contratación temporal, solo señalamos que es criterio jurisprudencial consolidado: la distinción entre trabajo fijo y trabajador con contrato indefinido no fijo de plantilla.

La posición jurisprudencial empezó a alumbrarse a partir de la STS 7 de octubre de 1996 (RJ 7492 ) y fue reiterada en posteriores pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo (SSTS 10 de diciembre de 1996 RJ 9139, 30 de diciembre de 1996 RJ 9864, 11 de marzo de 1997 RJ 2312, 14 de marzo de 1997 RJ 2471 y 7 de julio de 1997 RJ 6250, entre otras hasta hoy) En las referidas sentencias, el Tribunal Supremo se pronuncia en los siguientes términos:

1. Los preceptos sobre los efectos legales del despido improcedente y nulo se aplican íntegramente

cuando el empresario es una **Administración** Pública. Los principios de igualdad, mérito y capacidad no obstan que pueda imponerse a una entidad pública la readmisión o la indemnización del trabajador despedido.

2. Sin embargo, ello no impide que tenga plena virtualidad el deber de la **Administración** Pública de someterse a los principios antes mencionados de acceso al empleo público.

La consecuencia de estos dos postulados se concreta en la siguiente conclusión: la contratación laboral en la **Administración**, al margen del procedimiento legalmente establecido, califica los trabajadores así incorporados al servicio público de "trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido", mientras que los que han superado el procedimiento de selección reglamentario deben calificarse como "trabajadores fijos de plantilla" y que vendría a configurarse como algo intermedio" entre trabajador temporal y fijo" (cfr. STSJ del País Vasco 4 de noviembre de 1997 AS 4482).

Subyace en esta jurisprudencia el identificar la noción de trabajadores contratados por tiempo indefinido con quienes han lucrado la estabilidad en su relación de servicios con el Poder público por una vía espuria, esto es, no por méritos acreditados en el correspondiente proceso de selección, en libre e igualitaria pugna con otros aspirantes, sino como consecuencia de una ilicitud sustancial cometida en la suscripción de su vinculación temporal con el Organismo contratante, que operan como agencias de colocación de los afines, sin que la gravedad de la infracción ( STSJA Málaga 30 de junio de 2000 4152 ) o la mayor o menor duración de los servicios prestados ( STSJ de La Rioja 20 de junio de 2000 AS 2644) desvirtúen en modo alguno esa doctrina jurisprudencial.

Ante la ambivalencia, calificada como sutil pero ambigua distinción, la Sala Social del Tribunal Supremo, reunida en Sala general, desarrolló a través de las SSTS 20 de enero de 1998 y 21 de enero de 1998 ( RJ 1000 y 1138) con algo más de amplitud la última tesis jurisprudencial, de tal forma que partiendo de la necesaria coexistencia de normas laborales y normas administrativas, estableció las siguientes premisas:

a) En primer lugar, la obligada sumisión a las normas de derecho necesario, que atribuyen con carácter general los puestos de trabajo de la **Administración** a los funcionarios (principio de reserva general) y la excepción, al personal laboral (principio de limitación de los puestos de trabajo en régimen general), de conformidad con la doctrina emanada de la STC 99/1987 ( RTC 1987, 99 ) y recogida en el actual EBEP, *Ley 7/2007* .

b) En segundo término, que la selección del personal laboral de la **Administración** ha de subordinarse a los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que supone, además, una garantía para la eficacia de la **Administración** en el servicio de los intereses públicos.

c) Que las referidas disposiciones sitúan a la **Administración** en una posición especial, en la medida que no es válida una aplicación incondicionada de la normativa laboral en los casos de irregularidades en la contratación temporal al ser preciso tener presente dos ordenamientos diferentes (el laboral y el administrativo) que han de ser objeto de una interpretación integradora.

Así, mientras la norma laboral tutela intereses privados, aunque también defiende de sociales, la legislación administrativa protege intereses públicos, de relieve constitucional (la igualdad en el acceso al empleo público y la eficacia de la actuación de la **Administración** en el servicio de los intereses generales).

El conflicto debe resolverse haciendo prevalecer la norma especial en atención a la misma especialidad de la contratación laboral en la **Administración** y los intereses que esta norma tutela.

Por todo ello, se defiende que cuando la Ley prohíbe contratar o este contrato se formaliza vulnerando una norma especial, la consecuencia querida por la norma no puede ser la declaración del contrato como fijo, sino como "indefinido" (STS 20 de enero de 1998 ).

La STS 20 de enero de 1998 inicia un tímido intento de distinción entre las dos nociones, en los siguientes términos: el contrato de trabajo "indefinido" implica que, desde la perspectiva temporal no está sometido directa o indirectamente a término, pero sin que ello comporte el carácter de fijo, circunstancia ésta que únicamente puede predicarse del trabajador que ha superado un proceso de selección. Añade que ello supone una consecuencia: si la plaza se cubre posteriormente mediante el procedimiento legal y el candidato seleccionado es distinto del que mantenía la anterior condición de contrato indefinido no fijo, ello habilitará a la **Administración** para extinguir el vínculo laboral.

Esta tesis del Tribunal Supremo ha sido mantenida y reiterada hasta el momento presente por todo un conjunto de pronunciamientos que parecen conformar la tesis definitiva, que no por definitiva más criticada.

QUINTO.- Todo lo dicho no es más que un excurso para llegar al objeto del recurso, a lo que preocupa al recurrente ¿cual es el marco jurídico aplicable a los trabajadores indefinidos no fijos?.

En vista de lo expuesto, parece claro que en la **Administración** Pública pueden prestar servicios tres tipos de personal laboral: personal laboral fijo, personal laboral temporal y personal laboral indefinido no fijo de plantilla. En tanto en los dos primeros supuestos el haz de derechos y obligaciones de la parte contratante y contratada es clara, no sucede lo mismo con los trabajadores vinculados con la entidad pública por un contrato indefinido no fijo de plantilla. Por ello es tan importante establecer cuáles son aquellos y cómo se conforma la continuidad y, en su caso, la extinción del contrato de trabajo.

El análisis de la cuestión requiere las siguientes previas consideraciones:

a) La distinción entre "fijo" e "indefinido" no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según la duración, por cuanto el indefinido -al igual que el fijo- implica que, desde una perspectiva temporal, no está sometido a término (STS 20 de enero de 1998 RJ 1000 ). La distinción sí que afecta la calificación de la posición subjetiva del trabajador con la **Administración**, de tal forma que nos encontraremos ante "trabajadores fijos de plantilla" -esto es, aquellos contratados mediante un procedimiento reglamentario- y "trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido no de plantilla", que no han superado ningún proceso de tales características.

En consecuencia, la distinción se basa en que los primeros consolidan una "posición de fijeza en la plantilla" que no adquieren los segundos: la fijeza garantiza al trabajador la estabilidad en su puesto de trabajo, en tanto que el carácter indefinido de la relación laboral se predica del vínculo, no del trabajador considerado en sí mismo. Esta condición de fijo e indefinido coinciden en la mayoría de ocasiones, pero no siempre -como es en el caso del período de prueba-, como tampoco inciden sobre la misma realidad ni tienen un efecto equivalente.

b) Como ya hemos apuntado, esta doctrina es de aplicación tanto en las irregularidades contractuales como en los fraudes de ley sucedidos en la contratación temporal, pero también en aquellos casos del *art. 15.5 ET*, como en los de acceso a la plantilla por imposición de normas que regulan la cesión ilegal de trabajadores (*art. 43 ET*) y subrogación empresarial (*art. 44 ET*).

Efectuadas las anteriores consideraciones, creemos oportuno establecer de modo genérico, sin profundizar, el haz de derechos y obligaciones que afectan al trabajador que ostenta la referida condición de indefinido no fijo de plantilla y, posteriormente, tratar el régimen de su extinción. Labor que, en todo caso, no es sencilla, como así pone de manifiesto la doctrina teórica y los pronunciamientos judiciales emitidos en los últimos años.

En primer término, como regla general, puede afirmarse que a los trabajadores indefinidos no fijos les será de aplicación las normas laborales en toda su extensión y, la excepción, aquellos derechos, ventajas y expectativas laborales que estuvieran vinculados, en cuanto a su aplicación, a un inicial acceso al empleo público respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

En segundo lugar, hemos de referirnos a las modalizaciones en el régimen de extinción del contrato de trabajo establecidas por negociación colectiva y que por lo general atribuyen al trabajador la opción entre readmisión o indemnización en los supuestos de despido improcedente o bien que instituyen indemnizaciones superiores a las legales ante la referida improcedencia, pero que en la situación presente no es aplicable a los empleados cuyo contrato se transforma en por tiempo indefinido por irregularidades sobrevenidas durante la vida de la relación contractual pues los contratos indefinidos no fijos de plantilla se caracterizan por un manifiesto coeficiente de provisionalidad que en principio los excluye de todas aquellas normas que protegen la estabilidad y continuidad en el empleo, que sólo tienen razón de ser para aquellos contratos y relaciones laborales con vocación de permanencia.

El régimen jurídico de la extinción de este vínculo laboral, el trabajador con contrato indefinido no fijo de plantilla, ve limitada su permanencia hasta la provisión de la plaza que ocupa a través del procedimiento legal y reglamentario correspondiente. Ello se sustenta en que en la práctica estamos ante una modalidad de interinidad por vacante (tesis que es discutible a efectos, por ejemplo, del régimen indemnizatorio a su extinción, pero que aquí nos es útil). En cualquier caso, más allá de los planteamientos teóricos,

entendemos que en el contrato indefinido, una vez convocadas las plazas a través de la Oferta Pública de Empleo y finalizado el proceso selectivo, se produce el cese de su titular, salvo que sea el propio trabajador indefinido el que supere el proceso, fórmula ésta que se configura como la única que permite consolidar su situación, pues ostentar aquella condición no exonera al trabajador afectado de la carga de participar en dichos concursos o pruebas si quiere consolidar su condición de fijo en el desempeño del puesto de trabajo, hasta el punto que no se permite tampoco reconocer a dicho trabajador tal condición si el resultado de la prueba o concurso es favorable a otro candidato ( STS 10 de noviembre de 1998 RJ 9542 ). Si bien, también es posible la finalización del contrato por amortización de la plaza, hecho que sucederá cuando tal puesto de trabajo no esté incluido en la Plantilla y Relación de Puestos de Trabajo de la entidad o no se considere necesario para el servicio público.

La estimación del recurso, y la revocación parcial de la sentencia en el solo extremo argumentado, es la consecuencia de lo razonado.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

## **FALLAMOS**

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE CAMAS, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Sevilla en sus autos núm. 655/09 , en los que el recurrente fue demandado por D. Carlos , en demanda de despido, y como consecuencia revocamos parcialmente dicha sentencia en el sentido de que el actor ostenta una relación laboral indefinida no de plantilla, manteniéndose el resto de los pronunciamientos.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.