

En el orden procedimental, la declaración de la situación legal de desempleo —total o parcial— en los dos últimos supuestos referidos (ap. c-d) exigirá la "constatación de las causas" por parte de la Administración Laboral, previo informe preceptivo de la Inspección de Trabajo, conforme a un procedimiento que comprende las principales reglas del establecido, en el ámbito laboral, en el art.51 LET con algunos ajustes técnicos inevitables cual es la supresión de la fase de consultas-negociación con los representantes legales de los trabajadores<sup>67</sup> y con una omisión inexplicable: la comunicación del expediente a la entidad gestora de las prestaciones de desempleo que por lo demás es la competente para el reconocimiento de las mismas a los socios afectados.

Sin perjuicio de reconocer que el RD 42/96 ha supuesto un importante avance normativo en orden a la efectiva protección por desempleo de los socios trabajadores, el nivel de cobertura de este colectivo dista aún de equipararse al dispensado a trabajadores por cuenta ajena toda vez que siguen subsistiendo supuestos de pérdida definitiva de empleo con correlativa pérdida de percepciones económicas del socio trabajador, previstos en la legislación cooperativa, que carecen de protección considerándose por contra situaciones de desempleo protegido en el régimen común. Deben ser citados como tales los siguientes: expulsión del socio trabajador declarada judicialmente procedente; baja obligatoria justificada por ineptitud sobrevenida, inadaptación o excesiva morbilidad, prevista estatutariamente; baja voluntaria justificada por asunción de obligaciones o cargas gravemente onerosas sobrevenidas y, finalmente, baja obligatoria justificada del socio trabajador temporal por finalización o resolución del encargo o contrato que motivó su incorporación a la cooperativa<sup>68</sup>.

Este tratamiento desigual de los socios trabajadores, no justificado desde motivos objetivos y razonables<sup>69</sup>, puede comportar una vulneración del principio de no discriminación ex. art. 14 CE y, por otra parte, un incumplimiento del mandato contenido en el art. 41 de la norma fundamental al no dispensar el sistema de Seguridad Social a los socios trabajadores la asistencia y prestaciones suficientes en situaciones de necesidad como evidentemente deben ser calificadas las citadas que continúan carentes de protección adecuada.

<sup>67</sup> Justificable por cuanto éstos no representan a los socios trabajadores afectados por la medida empresarial.

<sup>68</sup> Situaciones equiparables, respectivamente, a las situaciones legales de desempleo previstas en el art. 208 ap. 1c), 1d), 1d) y 1f) de la LGSS.

<sup>69</sup> Toda vez que si el argumento en el que se basó el Gobierno para justificar la diferencia de trato es el carácter societario de la relación entre la cooperativa de trabajo asociado y sus cooperadores y la presunción, como consecuencia, de probables connivencias en el seno de la misma en orden a la percepción fraudulenta de prestaciones por desempleo por sus socios, dicho argumento entra en clara contradicción con la inclusión sin límites en el sistema de protección por esta contingencia de los socios trabajadores de Sociedades Laborales conforme al art. 21 de la Ley 4/97 de 24 de Marzo, de Sociedades Laborales modificado por el art. 34 de la Ley 50/98 de 30 de Diciembre, de acompañamiento de la Ley de PP.GG. del Estado para 1.999.

## EL ACCESO DEL PERSONAL LABORAL A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LAS BOLSAS DE TRABAJO

JOSÉ MANUEL LÓPEZ GÓMEZ  
TOMÁS GÓMEZ ÁLVAREZ<sup>1</sup>

1. Introducción
2. Principios de igualdad, mérito y capacidad y relaciones laborales: 2.1. Su aplicación respecto al acceso como personal laboral. 2.2. Consecuencias de la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad
3. Sistemas de selección del personal laboral
4. Procedimiento de selección del personal laboral fijo de plantilla
5. Naturaleza jurídica del proceso de selección, negociación colectiva y competencia de jurisdicción
6. Especialidades de la selección para la contratación de duración determinada
7. Las bolsas de trabajo o espera: 7.1. Origen y fundamento. 7.2. Situación jurídica del aspirante "inscrito" en las Bolsas. 7.3. Competencia jurisdiccional y acciones jurídicas del aspirante
8. Bolsas de trabajo y contratación temporal irregular

### 1. INTRODUCCIÓN

La prestación de servicios retribuidos por cuenta y dentro del ámbito organizativo y directivo de las Administraciones Públicas se puede realizar mediante una relación funcionarial, un contrato laboral o un contrato administrativo. Si bien, en nuestro país la regla general es que se realice bajo la primera formulación, quedando relegadas las otras dos opciones al campo de lo excepcional, conforme a la tesis, seguida por la doctrina mayoritaria<sup>2</sup>, sostenida por

<sup>1</sup> Profesor Asociado y Becario FPI MEC, respectivamente, de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Hispalense. Sevilla.

<sup>2</sup> BAENA DEL ALCÁZAR, "La función pública en la Constitución y en las leyes orgánicas", en AA.VV. *Administración y Constitución, homenaje al prof. Mesa Moles*, 1981, pp. 55 y ss., ENTRENA CUESTA, "El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional", en AA.VV. *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al prof. García de Enterría*, 1991, pp 2600 y ss., RODRÍGUEZ-PIÑERO,

el Tribunal Constitucional en Sentencia de 99/1987, de 11 de Junio, en la que considera "que habiendo optado la Constitución por un régimen estatuario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18) habrá de ser la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública", "pues no otra cosa se desprende de la opción genérica de la Constitución... en favor de un régimen estatuario para los servidores públicos y de la consiguiente exigencia de que las normas que permitan excepcionar tal previsión constitucional sean dispuestas por el legislador garantizándose, de este modo, una efectiva sujeción de los órganos administrativos, a la hora de decidir qué puestos concretos podrán ser cubiertos por quienes no posean la condición de funcionario".

Siguiendo tales indicaciones la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (Ley 30/84, en adelante) establece en su art. 15 c/ (reformado mediante la Ley 23/1988, de 28 de julio, entre otras razones, para su adaptación a dicha Sentencia) que el régimen normal de desempeño de puestos en las Administraciones Públicas será llevado a cabo por funcionarios públicos, pudiendo desempeñarse por personal laboral aquellos puestos no permanentes, que tengan actividades propias de oficios, como porteros..., etc., los puestos de carácter instrumental, y los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo, entre otros supuestos<sup>3</sup>.

El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas no difiere del régimen del resto de los trabajadores, se les aplica la legislación laboral, salvo en aspectos muy puntuales, que ni siquiera alcanzan relevancia a efectos de su proclamación legal como relación laboral especial, aunque sede *lege ferenda* se haya defendido esa necesidad<sup>4</sup>.

"Trabajo, función pública y Constitución", en AA.VV. "Seminario sobre relaciones de trabajo en la Función pública", 1989, p. 15. Aunque no faltan opiniones contrarias, LÓPEZ GÓMEZ, "El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas", 1995, pp. 49 y ss., SÁNCHEZ MORÓN, "Derecho de Función Pública", 1996, p. 61, MARTÍNEZ ABASCAL, "La regulación homogénea de las relaciones de trabajo dependiente en la Función Pública", en *Revista de Derecho Social* n° 7/1999, p. 221.

<sup>3</sup> En la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Ley 6/1985, de 28 de Noviembre en su art. 12.2 establece el ejercicio obligatorio por funcionarios, de aquellos puestos de trabajo que supongan necesariamente la adopción de decisiones que pueden ser objeto de recursos en vía administrativa o contencioso-administrativo. El art. 92.2 de la Ley 7/85, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, reserva a favor del personal sujeto al estatuto funcional el ejercicio de las funciones públicas que impliquen ejercicio de autoridad, fe pública y asesoramiento legal preceptivo, control y fiscalización interna, lo que interpretado en sentido contrario significa que el resto de las funciones públicas pueden ser realizadas por personal vinculado a la Administración por un contrato de trabajo.

<sup>4</sup> LÓPEZ GÓMEZ, J.M. "La relación laboral especial de función pública del personal laboral de las Administraciones Públicas", en *Revista de Derecho Social* n° 7/1999, p. 229.

Entre las peculiaridades que se pueden observar en el régimen jurídico del personal laboral, las de mayor importancia derivan del singular sistema de selección establecido legalmente y sus efectos en el desarrollo de la relación laboral lo que constituye el objeto de este estudio, deteniéndonos especialmente en la problemática de la selección del personal temporal que en gran medida se realiza a través de las bolsas de espera, fórmulas que plantean nuevas interrogantes a nuestros Tribunales, que intentaremos despejar.

## 2. PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD Y RELACIONES LABORALES

### 2.1. Su aplicación respecto al acceso como personal laboral

No obstante esa dualidad de regímenes jurídicos de personal, los principios de igualdad, mérito y capacidad, que la Constitución proclama respecto al acceso a las funciones públicas, deben aplicarse tanto a las funciones desempeñadas en régimen funcional como a las relaciones laborales, según defienden de forma prácticamente unánime la doctrina<sup>5</sup> y la jurisprudencia<sup>6</sup>.

Sin embargo, no lo entiende así el Tribunal Constitucional, que definitivamente, tras algunas vacilaciones, en la STC 281/1993, de 27-9-93, considera que el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE no es aplicable a los supuestos de contratación de personal laboral, descartando que en los términos "funciones públicas" deba incluirse el personal laboral de las organizaciones públicas. A pesar de esta primera afirmación, esta Sentencia considerará que al ser la Administración un poder público se encuentra vinculada al principio de igualdad y al de eficacia y, en consecuencia, admite que el acceso a la condición de personal laboral debe realizarse conforme a reglas objetivas que garanticen la igualdad de los ciudadanos, también en este caso. Si a ello unimos que

<sup>5</sup> GARCÍA TREVIJANO GARNICA, E., "¿Es aplicable el art.23.2 CE al personal laboral de las Administraciones públicas", *JCTSS*, 1993, p. 681; GONZÁLEZ BIEDMA y CALVO GALLEGOS, "Las relaciones laborales en las empresas públicas", *RL* n° 10/1992, p. 17; LÓPEZ GANDÍA, "Algunas consideraciones generales acerca de los problemas aplicativos del Derecho del Trabajo en la contratación temporal de la Administración Pública", *Poder Judicial*, n° 3, p. 158; MARTÍN PUEBLA, "Trabajadores de la Administración...", cit., p. 2; PÉREZ MARTÍNEZ, V., "El personal laboral al servicio de la Administración y la laboralización de la función pública", *REVL*, 1988, p. 265; SÁNCHEZ MORÓN, M. "Derecho de la Función Pública.", 1996, p. 62; DEL SAZ, S., "Contrato de Trabajo y Función Pública", 1995, p. 63, y otros. En contra OJEDA AVILÉS, A., "Los Acuerdos de estabilización del personal temporal en las administraciones públicas", 1998, p. 98.

<sup>6</sup> SSTS 24-4-1986 (RJ 2244/86), 18-3-1991 (RJ. 1875/91), 6-5-92 (AL 1179/92), 27-7-1992 (AL 311/1993), 7-10-1996 (RJ 7492/96), y 20-2-98 (RJ 1000/98), entre otras muchas.

el propio Tribunal Constitucional entiende que el principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas no es más que una concreción al ámbito funcional del art. 14 CE y que éste vincula a las Administraciones públicas, como poderes públicos que son, incluso respecto a la contratación laboral, podríamos concluir que, aunque con base en distintos preceptos constitucionales, para el Tribunal Constitucional el acceso a la condición de personal laboral al servicio de las Administraciones públicas también debe realizarse en condiciones de igualdad y objetividad<sup>7</sup>.

Por nuestra parte entendemos<sup>8</sup> aplicable el art. 23.2 CE al acceso como contratado laboral a las Administraciones públicas, atendiendo a las técnicas de la interpretación sistemática del conjunto del texto constitucional, y de la interpretación teleológica, haciendo constar que el principio de objetividad o de imparcialidad en la gestión administrativa, que proclama el art. 103.1 CE, llevado al campo de la gestión de los recursos humanos, debe significar necesariamente que los responsables de las Administraciones Públicas encargados de tal gestión no pueden elegir discrecionalmente a las personas que estimen convenientes para la prestación de servicios en dichas organizaciones públicas, sino que deberán seleccionar a las que objetivamente resulten más idóneas para el desarrollo de las funciones que se traten de cubrir. Es decir, la referencia constitucional a los principios de igualdad, mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas no es más que una consecuencia lógica de los principios de igualdad y objetividad de la Administración, llevado al campo de la selección de su personal.

Desde una visión teleológica, la proclamación constitucional de esos principios obedece a la finalidad de evitar el ingreso en la Administración por vía del nepotismo familiar o político<sup>9</sup> en garantía de la neutralidad política de la Administración al servicio de los intereses generales, por encima de la sucesión en el tiempo de las distintas opciones políticas en el Gobierno. Neutralidad del aparato administrativo que se considera fundamental en los sistemas democráticos y pluralistas donde se concibe a la Administración como un instrumento políticamente neutro, capaz de ejecutar fielmente las decisiones de los órganos políticos en cada momento en el poder, según los resultados electorales, cualquiera que fuere su signo político.

La CE proclama los principios de objetividad, igualdad, mérito y capacidad con el fin de garantizar la neutralidad administrativa, desterrando cualquier tentación de restaurar el "spoils system" o sistema de botín, por ello la contra-

<sup>7</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L.: "Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas". Valencia, 1999, pp. 42 y sigs.

<sup>8</sup> V. con mas detalle LÓPEZ GÓMEZ, J.M., "El régimen jurídico del personal laboral...", cit., pp. 89 y ss.

<sup>9</sup> Como han resaltado LEÓN CABERO, R. Y BAL FRANCÉS, E. "Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal de las Administraciones públicas", AJA nº 296/1997, p. 2.

tación laboral no debe convertirse en la puerta falsa de retorno a tal sistema. Por el contrario, la extensión de los principios de igualdad, mérito y capacidad a todas las posibles fórmulas de empleo en las organizaciones públicas cerraría el paso definitivamente al nepotismo, garantizándose la neutralidad política de la Administración.

Desde otra óptica, el derecho fundamental del ciudadano a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad, no debe quedar reducido al acceso a la condición de funcionario, pues tal precepto trata de garantizar la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a las funciones públicas, tratando de conseguir que accedan los más capaces y de evitar el favoritismo y la arbitrariedad en el acceso a la Función Pública y, tal fin se vería distorsionado si tal objetivo se pudiese eludir simplemente recurriendo al ingreso por la vía de su contratación laboral.

Por lo demás, existiendo, como existen, diversas acepciones de los términos función pública<sup>10</sup>, no parece acertado mantener que la Constitución utiliza la noción más restrictiva, con los consiguientes peligros denunciados, entendiéndolo, por el contrario, que la interpretación amplia de la expresión "función pública" es la que mejor se ajusta al espíritu democrático y pluralista de la Constitución.

En cualquier caso, nuestra legislación estatal, autonómica, local y convencional reiteran insistentemente la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad a la contratación del personal laboral.

## 2.2. Consecuencias de la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad

A diferencia del empleador privado, que en virtud del principio de libertad de contratación, a su vez derivado del de libertad de empresa, establecido en el artículo 38 CE<sup>11</sup>, es libre para contratar los servicios de la persona que, según su leal saber y entender, más convenga a sus intereses, con la sola limitación del respeto al principio de no discriminación, por las causas tasadas en el artículo 14 CE y en el 17 ET, el empleador público, en virtud de los arts. 23.2 y 103 CE, o del principio de igualdad, tiene mucho más limitada su capacidad de contratación.

Esa limitación significa, en primer lugar y especialmente, que la Administración no puede elegir libre o discrecionalmente la persona que estime conveniente para que preste servicios retribuidos por su cuenta, sino que deberá contratar a la que resulte más idónea para cubrir el puesto de trabajo de que se trate, quien deberá ser elegida mediante un procedimiento objetivo de selección, establecido legalmente.

<sup>10</sup> V. LÓPEZ GÓMEZ, "El régimen jurídico...", pp. 89-108.

<sup>11</sup> En ese sentido, ALBIOL MONTESINOS y otros, en "Derecho del Trabajo", 1996, p. 345, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, en "Derecho del Trabajo", 1997, p. 186.

En consecuencia, las Administraciones Públicas deben seleccionar a su personal laboral mediante un sistema que garantice la objetividad de la elección conforme a los indicados conceptos de mérito y capacidad, sin que en ningún caso puedan establecerse requisitos o condiciones que establezcan una desigualdad entre los españoles<sup>12</sup>, de manera que *“los órganos y autoridades competentes deben guiarse exclusivamente por aquellos criterios de mérito y capacidad”*<sup>13</sup>, aunque, el principio de igualdad en el acceso a los puestos de trabajo del sector público no puede interpretarse en el sentido, de que toda persona, por el hecho de serlo, esté en condiciones de acceder al desempeño de cualquier cargo, profesión u oficio, porque para ello es indispensable estar en posesión de determinados requisitos, como una titulación específica, de unos conocimientos que no son patrimonio de todos, de una determinada edad, del cumplimiento de determinadas pruebas...<sup>14</sup>, siempre que estas condiciones sean adecuadas a la naturaleza de las tareas a realizar y se establezcan con carácter general, esto es, en referencia directa a la posesión de determinados conocimientos o determinada titulación acreditativa de éstos<sup>15</sup>.

De esta forma se reconoce un derecho subjetivo de los ciudadanos a participar en condiciones de igualdad en los procesos de selección de personal para las Administraciones Públicas, si bien, se trata de un derecho de configuración legal, como indica el último inciso del art. 23.2 CE *“con los requisitos que establezcan las leyes”*. En todo caso las normas legales que establezcan las condiciones y requisitos para la participación respetarán el contenido esencial del derecho (art. 53 CE), de forma que los requisitos que se establezcan deberán tener una *“fundamentación objetiva, que no sea discriminatoria mediante, una referencia, explícita o encubierta, ad personam”*, y siempre que se establezcan de modo abstracto, excluyendo referencias individuales concretas<sup>16</sup>.

Respecto de los requisitos que se pueden exigir, así como en relación con los méritos que se pueden valorar, o pruebas que se pueden realizar en los procesos de selección, se exige que estén relacionados con la capacitación técnica adecuada a la naturaleza de las tareas a realizar y, en todo caso, deben establecerse con carácter general, en referencia directa a la posesión de determinados conocimientos o determinada titulación acreditativa de aquellos, sin referencias individualizadas, sosteniendo el Tribunal Constitucional que infringe el principio de igualdad la convocatoria de personal laboral que valore la experiencia profesional en determinado Ayuntamiento con exclusión de la que se haya podido obtener en puestos de trabajo similares en otros organismos públicos<sup>17</sup>. Lamentablemente aún es frecuente observar, la frontera de

<sup>12</sup> SSTC 193/1987 de 9-12, 50/1986 de 23-4, 148/1986 de 25-11 y 25/1983 de 7-4.

<sup>13</sup> SSTC 193/1986 de 9-12 y 148/1986 de 25-11.

<sup>14</sup> STS 22-2-1986 (RJ 2173/86).

<sup>15</sup> SSTC de 42/1981, de 22-12 y 281/1993.

<sup>16</sup> En este sentido, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, “El derecho a la igualdad...”, cit., p. 522. En semejantes términos SSTC 42/1981, de 22-12 y 148/1986, de 25-11.

<sup>17</sup> STC 281/1993, de 27/1993

lo inconstitucional, convocatorias en las que se priman en demasía la prestación de servicios en la organización convocante con el objetivo de fomentar la estabilidad en el empleo de su personal temporal en perjuicio de los derechos de terceros a los que no se reconocen méritos o se minusvaloran los mismos.

La doctrina constitucional citada, aunque referida fundamentalmente a los funcionarios públicos, en líneas generales puede extenderse a la relación laboral en el ámbito de las entidades públicas, de forma que se puede afirmar que la Constitución impide que las Administraciones Públicas puedan contratar los servicios profesionales de quienes subjetivamente estime más conveniente, por el contrario, exige que toda contratación de trabajadores venga precedida de un proceso público y objetivo de selección, articulado de forma que se hagan prevalecer los méritos y las capacidades, u otras circunstancias objetivas relacionadas con la aptitud profesional que se exija para las tareas a realizar, sobre cualquier otra consideración ajena a éstas, dejando a salvo exclusivamente medidas de inserción laboral de la población discriminada socialmente, en cuanto obedecen a exigencias constitucionales (el art. 9.2 CE).

### 3. SISTEMAS DE SELECCIÓN DEL PERSONAL LABORAL

La extensión de los principios de igualdad, mérito y capacidad al acceso a la condición de personal laboral de las Administraciones Públicas es reiterada y obstinadamente exigida en nuestra legislación estatal y autonómica. Así, el art. 19 de la Ley 30/84, establece que *“Las Administraciones Públicas seleccionan a su personal, ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”*. De la misma manera lo regula el art. 39 de la Ley 6/1985, de 28 de Noviembre, de la Función Pública de la Junta de Andalucía, y se reitera en los arts. 91.2 y 103 de la Ley 7/85, de 2 de Abril.

Asimismo, tales exigencias son insistentemente recogidas en la negociación colectiva del sector público, pudiéndose señalar a modo de ejemplo el art. 34 del Convenio Colectivo único del personal laboral de la Administración del Estado<sup>18</sup>, y el 14 del Convenio Colectivo del personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía<sup>19</sup>.

Entre los distintos procedimientos de selección el Reglamento General de Ingreso<sup>20</sup>, no establece prioridad por ninguno de los sistemas de selección

<sup>18</sup> De 24 de Noviembre de 1998.

<sup>19</sup> De 22 de Noviembre de 1996 (BOJA nº 143. 12-12-1996)

<sup>20</sup> Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y de Promoción Profesional de los Funcionarios civiles de la Administración del Estado; RD 364/1995, de 10 de Marzo (en adelante Reglamento General de Ingreso).

respecto del personal laboral fijo de plantilla, frente a las preferencias que realiza respecto de los funcionarios y que mostraba su precedente regulación reglamentaria. Esta indiferencia pretende seguramente dejar la regulación de este aspecto a la negociación colectiva o a la discreción de los órganos directivos de la Administración.

Por consiguiente, actualmente puede elegirse entre cualquiera de los tres sistemas selectivos: la oposición, el concurso oposición o el concurso<sup>21</sup>. Así el art. 29, párr. 2º dice "*Los sistemas selectivos serán la oposición, el concurso-oposición y el concurso*", sin embargo, el art. 4, referido al personal funcionario establece que "*La oposición será el sistema ordinario de ingreso, salvo cuando, por la naturaleza de las funciones a desempeñar, sea más adecuado la utilización del concurso-oposición y excepcionalmente la oposición*".

La oposición consiste en la celebración de una o más pruebas de capacidad para determinar la aptitud de los aspirantes y fijar el orden de prelación de los mismos, sin que para ello se puedan hacer valer otros méritos como la experiencia profesional o las titulaciones académicas o profesionales de aquéllos, sin perjuicio de que pueda requerir determinada titulación para la participación en el proceso selectivo.

El concurso es el sistema de selección que se fundamenta en la evaluación de los méritos, exigidos en la correspondiente convocatoria, que sean alegados por los aspirantes al puesto o puestos ofertados, para la determinación de su aptitud y orden de prelación en los mismos.

El concurso-oposición es el sistema de selección que consta de una o varias pruebas de conocimiento, fundamentalmente de carácter práctico, para determinar la capacidad o aptitud de los aspirantes para el puesto en cuestión, a los que deberán adecuarse necesariamente (según el párrafo 2º del citado art. 26) y se valoran también los méritos académicos y/o profesionales relacionados con el desempeño del puesto.

<sup>21</sup> Así, el Convenio Colectivo Único para la Administración del Estado establece en su art. 34, que "*las vacantes ofertadas en la oferta de empleo público serán cubiertas preferentemente por el sistema de oposición*". Sin embargo es necesario destacar que esta delimitación no es obligatoria, sino potestativa, pudiendo acudir perfecta y legalmente al sistema de concurso o al de concurso-oposición. Por su parte la Ley de la Función Pública de Andalucía, establece en su art. 39 para el caso de los funcionarios, la oposición, "*salvo cuando por la naturaleza de las tareas a realizar sea más adecuada la utilización del sistema de concurso-oposición o, excepcionalmente el de concurso-oposición*". Para el personal laboral fijo, el sistema de acceso será el concurso, "*salvo cuando por la naturaleza de las tareas a realizar o por el número de aspirantes resulte más adecuado el de concurso-oposición o el de oposición*". Por su parte, el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía establece en su art. 17 el sistema de concurso libre, pudiendo no obstante exigirse la superación de pruebas objetivas y/o teórico prácticas cuando por la naturaleza de las tareas a realizar resulte adecuada dicha exigencia.

#### 4. PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DEL PERSONAL LABORAL FIJO DE PLANTILLA

Las convocatorias de empleo de personal laboral fijo de plantilla, como las de los funcionarios, deben contener las circunstancias mencionadas en el art. 16 del Reglamento General de Ingreso<sup>22</sup>: Número y características de plazas convocadas, con la reiterada expresa mención de la imposibilidad de aprobar a un número de aspirantes superior al número de plazas convocadas; Órgano o centro a que deben dirigirse las solicitudes de participación; Condiciones o requisitos que han de cumplir los aspirantes para su admisión en el procedimiento; Sistema de selección; Pruebas selectivas que se prevean y/o, en su caso; Méritos que puedan ser valorados; Designación del Tribunal encargado de la valoración; Sistema de calificación, programa que ha de regir las pruebas o remisión al boletín oficial donde se encuentre publicado; Duración máxima del proceso de celebración de los ejercicios; Orden de actuación de los participantes y detalle, en su caso, de la duración y características del periodo de prueba.

Las convocatorias necesariamente han de ser publicadas, pues el principio de publicidad es algo inherente a los principios de igualdad, mérito y capacidad en la medida que es la garantía de la efectividad de aquéllos, por ello la publicidad de las correspondientes convocatorias de empleo, como afirma el Tribunal Constitucional, es algo esencial y ha de ser lo suficientemente eficaz para que se cumplan los principios y fines del procedimiento de selección, desde la perspectiva de los aspirantes al empleo público, el servir a la función pública, y, desde el lado de la Administración, el satisfacer el interés público, facilitando una mayor concurrencia<sup>23</sup> y la igualdad de oportunidades.

Por ello, art. 29 del Reglamento de Ingreso, respecto la selección de personal laboral por tiempo indefinido, exige la publicación en el BOE, al menos, del número de plazas por categorías profesionales ofertadas, del lugar en que figuren expuestas las bases de la convocatoria, y, en su momento, de la fecha, el lugar y la hora de realización de las pruebas, así como el lugar de exposición de las listas de admitidos, en el plazo máximo de un mes a partir de la finalización del previsto para la presentaciones de solicitudes.

La valoración de los méritos y las pruebas los procesos selectivos se realizará por órganos colectivos y colegiados de selección, de composición impar, de los que al menos uno tendrá que ser designado por los representantes de los trabajadores, según el art. 30 del Reglamento General de Ingreso.

<sup>22</sup> Por su parte el art. 35 del Convenio colectivo Único para la Administración del Estado establece como menciones necesarias: número y características de las plazas; sistema selectivo, desarrollo y valoración; requisitos exigidos a los candidatos y baremación, en su caso.

<sup>23</sup> STC 85/1983, de 25-10

La designación de este representante de los trabajadores, se realizará según los criterios que establezcan en las disposiciones que lo desarrollen<sup>24</sup>. En ausencia de éstas su determinación se presenta difícil, pues, no se establece ni a qué representación se refiere, si a la unitaria o a la sindical, ni el ámbito de la representación, que podría ser de centro de trabajo, de empresa, de toda la Administración, de todo el sector público, o de todos los trabajadores del Estado o Comunidad Autónoma. A pesar de algún pronunciamiento judicial<sup>25</sup> que establece que la representación legitimada recae sobre el sindicato más representativo en el ámbito de la Administración en general, y no en el ámbito específico de la Administración convocante, no es seguro que nos encontremos ante un supuesto de representación institucional, que seguramente garantizaría una más equilibrada defensa de los intereses generales frente a la endogamia que prima actualmente, que prima la valoración de los propios trabajadores sobre terceros aspirantes ajenos, aunque tampoco la Ley facilita datos para sostener lo contrario, por lo que se presenta una laguna que la negociación colectiva sectorial resuelve a favor de la territorialidad de la representación<sup>26</sup>.

A los órganos colegiados de selección corresponde, una vez concluya el proceso selectivo, elevar la propuesta de candidato a la autoridad competente para la formalización de su contrato. Dicha propuesta de "aprobados" tiene carácter vinculante para la Administración, de forma que, una vez superado el proceso selectivo, el "aspirante" seleccionado es titular del derecho a ser contratado<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Por ejemplo, el CC Único para las Administraciones Públicas, establece en su art. 36 que los representantes de los trabajadores serán nombrados por los sindicatos representados en la Comisión Paritaria de Vigilancia e Interpretación del Convenio, "teniendo en cuenta a efectos de la designación de los trabajadores el ámbito territorial de la misma".

<sup>25</sup> STS de 10-6-1991 (RJ 5140/91), referida a la elección de dos miembros en representación de los trabajadores de una comisión de selección en el ámbito de la Administración de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo. Tal argumentación se basa en que se trata de una participación en representación de todos los trabajadores en los órganos de la Administración, función que el art. 6.3.a) de la LOLS limita a los sindicatos más representativos a nivel estatal o, en su caso, de CC.AA, por ello, si se trata de la representación institucional más lógico sería exigir el criterio de la mayor representatividad de todos los trabajadores del Estado o, en su caso, de Comunidad Autónoma.

<sup>26</sup> Así el art. 36.1 del Convenio Colectivo único parece decantarse como criterio delimitador, por la representación de ámbito territorial.

<sup>27</sup> En ese sentido, STSJ de Madrid de 25-1-1994 (AS 413/94), para la que superada la convocatoria nace la obligación de contratar a los seleccionados, pues la convocatoria tiene fuerza de Ley, procediendo la obligación de indemnizar, en caso de incumplimiento, conforme a los arts. 1101 y sigs del Código Civil.

## 5. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO DE SELECCIÓN, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y COMPETENCIA DE JURISDICCIÓN

La cuestión de determinar si los procedimientos de selección son actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo o si se tratan de actos de aquélla regidos por el Derecho privado actualmente ha sido resuelta en la doctrina y de la jurisprudencia<sup>28</sup> mayoritaria a favor de la tesis administrativa, que consideran tales procedimientos actos previos de la Administración, perfectamente separables de la regulación que regirá el contrato de trabajo y la vida de la relación nacida de éste.

Esta tesis parte de la teoría de los actos separables, según la cual, antes de nacer un contrato, en el que una de las partes es la Administración, a pesar de su contenido, por muy privado que sea, hay que pasar por una fase preparatoria que se traduce en una serie de actos de inequívoco carácter administrativo. Se tratan de los actos preparatorios destinados a formalizar el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración de una forma correcta y reglada, perfectamente separables del contrato mismo que se perfecciona tras aquéllos. De esta forma, hasta que no nace la relación privada no hay Derecho privado y todo es hacer administrativo, mientras que desde el nacimiento de tal relación, derechos y obligaciones se rigen por el Derecho privado<sup>29</sup>.

La elaboración doctrinal sobre los actos separables encuentra traducción legal en el art. 4.3 Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas que, respecto a determinados contratos civiles o mercantiles celebrados por las Administraciones Públicas, establece que se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas especiales, por la propia Ley citada y, en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de Derecho

<sup>28</sup> MURILLO MARTÍN DE LOS SANTOS, M., "Criterios judiciales divergentes en los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social, en materia laboral", *AL* I/1994, pp. 8 y ss. También parecen sostener ese criterio CARDONA TORRES, "El personal laboral en las Corporaciones Locales", p. 31, CRUZ VILLALÓN, J. "El control judicial de los actos de la Administración Laboral: la extensión de las jurisdicciones laboral y contencioso administrativa", *RL* 1990-II, p. 228 y GARCÍA LÓPEZ, "La contratación laboral temporal...", cit., p. 681. Son sentencias representativas de esa línea las SSTs de 21-7-1992 (RJ 5640/92), y 11-3-1993 (RJ 1849/92), SSTSJ de Castilla-León de 29-9, 8-10-1992 y 18-1-1994 (AS 4146 y 4776/92 y 230/94), de Canarias de 26-2-1992 (AS 546/92), de Asturias de 22-5-1992 (AS 2502/92), de Extremadura de 29-11-1993 (AS 4828/93), de Madrid de 24-1-1994 (AS 402/94), de Andalucía de 23-3-98 y de Castilla y León de 21-5 y 7-7-98 (AS 1531 y 3126/98) y otras muchas. En contra, LÓPEZ GÓMEZ, "El régimen jurídico del personal laboral...", cit., pp. 197 y ss

<sup>29</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, TR., "Curso de Derecho administrativo", 1998, pág. 691 y ss; OLIVEIRA MASSO, "La revisión jurisdiccional de los concursos y oposiciones para el personal laboral al servicio de la Administración Pública", *RL*, 1991-I..., p. 297.

privado. En consecuencia, considera actos separables los que se dicten en relación con la preparación, competencia y adjudicación del contrato los que, por ello, son impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa.

A pesar de esto, "la relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos regulados en la legislación laboral" quedan excluidos del ámbito de aplicación de la citada Ley, según su art. 3.1 a). No obsta ello para que algunos autores<sup>30</sup> entiendan que tal doctrina de los actos separables ha sido recogida expresamente por el art. 3.a) de la Ley de Procedimiento Laboral al disponer que la Jurisdicción laboral no será competente para conocer "las pretensiones que versen sobre la impugnación de las disposiciones generales y actos de las Administraciones públicas sujetos a Derecho Administrativo en materia laboral". Sin embargo, no parece tan claro que los actos previos a la contratación laboral merezcan tal consideración, al menos, no se recoge expresamente<sup>31</sup>, por lo que debe recurrirse al análisis de las normas que regulan la actividad de selección y de la posición jurídica de la Administración en este tipo de procesos de selección.

No plantea mayores problemas la selección del personal cuando se tratan de procedimientos de promoción interna entre los trabajadores fijos de plantilla, pues en tales casos, la Administración actúa claramente como empresario, en el marco de una relación laboral ya nacida e incide en derechos contemplados en normas de naturaleza evidentemente laboral, arts. 22 y 24 ET. Así lo reconoce casi unánimemente la jurisprudencia<sup>32</sup> y, en efecto, el propio Reglamento de ingreso remite su regulación a los Convenios colectivos o normativa específica —art. 28.2— sin más condicionantes que la necesidad que las correspondientes convocatorias obtengan el informe favorable de la Dirección General de la Función Pública.

Tampoco se plantean grandes dudas respecto la naturaleza privada de la selección de personal por las Entidades de Derecho Público, que en virtud de sus normas de creación se encuentren sometidas al Ordenamiento Jurídico Privado, según autoriza el art. 2.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Admi-

<sup>30</sup> OLIVEIRA, en "La revisión...", cit., p. 297 y MURILLO, "Criterios...", cit., p. 9.

<sup>31</sup> Por el contrario la recepción de la teoría de los actos separables sí aparece expresamente recogida en el art. 32 de la Ley de la Función Pública de la Junta de Andalucía que dispone que "el contenido y efectos de esta relación (laboral) de empleo estarán regulados por el Derecho Laboral y los actos preparatorios a su constitución, sin perjuicio de las normas eventualmente fijadas al respecto en el ordenamiento laboral, por el Derecho Administrativo".

<sup>32</sup> SSTS 4-2, 16-3 y 21-7-92 (RJ 907, 1650 y 5461/92). SSTSJ de Asturias de 22-5-1992 (AS 2502/92), de Cataluña de 25-11-1991 (AS 6484/91) y de 16-10-95 (AS 3998/95), de Extremadura de 15-2-1993 (AS 612/93) y 20-7-94 (AS 2822/94), entre otras. En el mismo sentido OLIVEIRA MASSO, P. "La revisión jurisdiccional..." cit., p. 298 y MURILLO MARTÍN DE LOS SANTOS, "Criterios...". En contra STS 21-7-1987 (RJ 5697/87).

nistrativo Común, y de la consecuente competencia del Orden social respecto de las reclamaciones que sobre tales procedimientos se puedan formular<sup>33</sup>, salvo que se considere que aquí también se están ejerciendo "potestades administrativas", lo cual parecería exagerado en exceso.

Mayores dificultades se observan cuando se tratan de convocatorias de nuevo ingreso, respecto de la que el TS insiste que la actuación de la Administración es previa al vínculo laboral y "predomina en ella el carácter de poder público que está obligado a formular una oferta de empleo público en los términos fijados por la Ley y dirigida en principio a todos los ciudadanos", de forma que aquí está actuando "una potestad administrativa en orden a la selección del personal, que se regula también predominantemente por normas administrativas", pues, "la regulación por el Derecho Administrativo es prevalente en atención a la cualificada presencia de un interés general al que se conecta el ejercicio de una potestad administrativa"<sup>34</sup>.

La conclusión lógica de las premisas anteriores seguramente debiera ser la prohibición de interferencia de la negociación colectiva "laboral" en la regulación de las convocatorias de nuevo ingreso<sup>35</sup>. Sin embargo, la remisión a la contratación colectiva parece implícita en el Reglamento de Ingreso ya que, en contraste con la pormenorizada regulación de los procesos para el ingreso como funcionario, las normas referidas a los procesos de selección del personal laboral son escasas y muy generales, parecen, más que nada, cláusulas abiertas que necesitan ser completadas; pautas generales establecidas seguramente con

<sup>33</sup> SSTS de 8-3 y 17-6-96 (RJ 3188 y 6111/96), respecto a los entes públicos AENA y de la RTV Vasca.

<sup>34</sup> SSTS de 21-7-1992 (RJ 5697/92), 11-3 y 10-11-93, (RJ 1849 y 8677/93), 17-2 y 21-7-98 (RJ 1842 y 6530/98). SSTSJ de Extremadura de 29-11-1993 (AS 4828/93), de Madrid de 24-1-1994 (AS 402/93); de Canarias de 14-3-96 (AS 589/96), de Castilla-León de 15-10-97 (AS 7351/97); de Valencia de 3-3-98 (AS 992/98), de Andalucía de 17-4-98 (AS 2452/98).

<sup>35</sup> Y en efecto a esa conclusión llega la STSJ de Asturias de 22-5-1992 (AS 2502/92), para la que en los procesos selectivos de personal de nuevo ingreso "no actúa la Administración como empleador, ni los aspirantes tiene la condición de trabajadores, encontrándose ambas partes en posición de Administración y administrados respectivamente, constituyéndose, de este modo, una situación jurídica en la que, de un lado se haya la Administración y de otro una pluralidad de ciudadanos, situación a la que no puede acceder para su regulación el pacto individual o colectivo, en cuanto este vincula a quienes son partes en el mismo y en los que la posición del aspirante a ingreso se encuentra garantizado en la misma forma y condiciones en que lo están los ciudadanos frente a la Administración, la cual, a su vez, está sujeta en todos sus comportamientos no contractuales a la Ley y al Derecho, derivándose aquella garantía de la Ley y el Reglamento, no del pacto o convenio colectivo...". En ese sentido, MURILLO MARTÍN DE LOS SANTOS, "Criterios...", cit., p. 12, para quien carecen de validez las normas establecidas en un convenio colectivo fijando cuál haya de ser el actuar de la Administración en las pruebas de nuevo ingreso de personal laboral, porque tal procedimiento es de derecho público y por tanto indisponible.

el propósito de que se concreten a través de la negociación colectiva y, en efecto, así sucede en la realidad, los convenios colectivos complementan las "lagunas" que, seguramente a propósito, dejan las normas generales<sup>36</sup>.

Mediante esa tácita habilitación los Convenios Colectivos del Sector Público llegan a regular la composición de los órganos de selección, las prioridades respecto del sistema de selección, las características de los concursos, los baremos de méritos, la naturaleza de las pruebas, las relaciones entre los concursos de traslados, promoción interna y acceso libre, el porcentaje de plazas que han de reservarse para cada sistema, la participación de los representantes de los trabajadores en la negociación de las bases de las convocatorias, etc.

En definitiva, normas legales y convencionales confluyen, a la vez que lo hacen intereses de trabajadores actuales y aspirantes a serlo, y todo ello dificulta la aplicación de la tesis administrativista, aunque sus defensores no llegan a negar la posibilidad de que el Convenio regule algunos aspectos de las convocatorias de nuevo ingreso, por razones técnicas de coordinación entre los sistemas de promoción interna y acceso libre o para cubrir lagunas, argumentando que, en todo caso, el Convenio sólo vincula a quienes son parte del mismo<sup>37</sup>, por lo que no puede admitirse que determine la actuación de la Administración frente al resto de los ciudadanos, por que, además de ser propio de los poderes soberanos, la regulación de la posición de la Administración frente a sus ciudadanos, así como el proceso de formación de la voluntad de la primera respecto de los segundos es una cuestión diferida a la norma legal<sup>38</sup>.

En cualquier caso, parece contradictorio defender la naturaleza administrativa del procedimiento de selección y, a su vez, aceptar la regulación de los mismos por la Negociación Colectiva "laboral", hasta el punto que la regulación convencional de los procedimientos selectivos de ingreso atrae hacia el Orden Social la competencia, mientras que al Derecho Administrativo repele el Convenio Colectivo como fuente del Derecho, con lo cual se provocan problemas de competencia jurisdiccional<sup>39</sup>. Así, el Tribunal Supremo, entiende competente a la jurisdicción social respecto de una cuestión referida a la composición de los órganos de selección y, sin embargo, por el contrario, el TSJ de Extremadura<sup>40</sup>, considera incompetente a la jurisdicción social para

<sup>36</sup> Favorable a conceder ese protagonismo a la negociación colectiva se muestra MOLERO MARAÑÓN, "Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas", cit., p. 47.

<sup>37</sup> En contra MOLERO MARAÑÓN, "Acceso...", cit., p. 53, con apoyo en STS 26-7-95, RA 6722.

<sup>38</sup> OLIVEIRA MASSO, P. "La revisión jurisdiccional..." cit., p. 300, en el mismo sentido STSJ de Asturias de 22-5-1992 (AS 2502/92).

<sup>39</sup> Así entienden competente a la jurisdicción social para resolver, la STSJ de Andalucía de 18-5-1993 (AS 2295/93), una reclamación que afecta a una convocatoria conjunta de turno libre y promoción interna, la STSJ de Aragón de 23-11-1993 (AL 422/93) resuelve sobre la preferencia del concurso de traslado sobre el nuevo ingreso, las SSTS de 8-10-1991, (RL, p. 649), la de 27-2-1992, (RL, p. 799) sobre otras cuestiones.

<sup>40</sup> STS 10-6-91 (RJ 5140/91) y STSJ 29-11-93 (AS 4828/93), respectivamente.

resolver una cuestión referida a la composición de los órganos de selección respecto de la representación de los trabajadores.

Dicha contradicción entre "naturaleza jurídico administrativa" y Negociación Colectiva podría ser salvada si nos referimos no tanto a la Negociación Colectiva "Laboral", regulada en el Título III del Estatuto de los Trabajadores como a la actividad convencional de la Administración que reconoce el art. 88 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En efecto, por una parte, podemos observar que el contenido de los Convenios Colectivos, se limita a la regulación de "materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas..." —art. 85 ET—, de las "condiciones de trabajo y productividad" —art. 82.2 ET— por lo que difícilmente puedan incluirse entre esas materias la "regulación de potestades administrativas", "el proceso de formación de la voluntad de la Administración", las relaciones de la Administración con los ciudadanos titulares del derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y empleos públicos.

Por otra parte, la actividad consensual de la Administraciones en la actualidad ampliamente admitida en Derecho Administrativo<sup>41</sup>, ya como actividad previa y preparadora del procedimiento administrativo, como parte del mismo o acto finalizador del procedimiento, según art. 88 L 30/1992, ya como Convenios de colaboración con sujetos privados, que contempla el art. 3.1, d) de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Desde esta óptica, la negociación colectiva sobre los procedimientos de selección podrían incluirse entre los llamados actos administrativos consensuales preparatorios del procedimiento, que en la doctrina se identifican con los preacuerdos y a los que no se les reconoce eficacia jurídica vinculante, salvo que la regulación administrativa sectorial prevea la consulta como vinculante<sup>42</sup>. Por consiguiente, no pueden reconocerse a tales Acuerdos eficacia jurídica normativa, salvo que se incluyan en las correspondientes Resoluciones Administrativas, bien como normas reglamentarias, bien como Bases de las pertinentes Convocatorias, en cuyo caso alcanzarían plenos efectos jurídicos exigibles, desde este punto de vista, ante los Juzgados y Tribunales del Orden Contencioso Administrativo.

El problema en todo caso no se puede considerar aún definitivamente resuelto pues son importantes las cuestiones que todavía se plantean en la zona fronteriza entre lo administrativo y lo laboral, especialmente en la fase comprendida entre la conclusión del proceso de selección y la contratación y las preferencias en las listas de espera o bolsas de trabajo, con divergentes pronunciamientos Jurisdiccionales que ya estudiaremos en este trabajo.

<sup>41</sup> V. por todos PAREJO ALFONSO, L. y otros, "Manual de Derecho administrativo", V. I, pp. 750 yss.

<sup>42</sup> Idem, p. 756

En todo caso, el procedimiento "administrativo" de selección finaliza — art. 87 Ley 30/1992— con la Resolución de la Autoridad competente por la que hace suya la propuesta "vinculante" de "aprobados" que realiza el órgano colegiado encargado de la selección —32 Reglamento de Ingreso— equivalente a la adjudicación en la contratación privada de las Administraciones Públicas — art. 9.1 Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas.

El paso siguiente, la formalización del contrato y trámites contiguos —alta en Seguridad Social, copia básica, inscripción en libro de matrícula... — seguramente corresponde al Derecho Laboral, aunque categóricamente sólo se puede considerar que ha concluido el procedimiento administrativo con la suscripción del contrato y que comenzamos con el Derecho del Trabajo cuando se suscribe el mismo, aunque pueda entenderse también forma parte del proceso selectivo el periodo de prueba a que se refiere el art. 33.2 del citado Reglamento y que, sólo cuando es superado "satisfactoriamente adquirirá la condición de personal laboral fijo" el trabajador seleccionado.

En esa línea fronteriza, se encuentra la determinación del procedimiento adecuado y, en su caso, la competencia jurisdiccional para resolver sobre la reclamación de daños y perjuicios en el supuesto que previamente se haya dictado Sentencia en la jurisdicción contencioso administrativa por la que se dispone que determinado candidato tiene preferencia para su contratación por haberse producido alguna irregularidad en el procedimiento de selección. Se trataría de una reclamación de indemnización similar a la de los llamados salarios de tramitación en los supuestos de despido, respecto de los salarios dejados de percibir desde que el trabajador debió ser contratado hasta que se produce la contratación efectiva y, en la medida que se trata de una consecuencia directa de la Sentencia el trámite más adecuado parece el de procedimiento de ejecución de la Sentencia por el órgano del orden jurisdiccional que haya dictado la misma, atrayendo hacia el mismo la competencia jurisdiccional.

Incluso, en el caso de que la relación entre la Sentencia y la reclamación de indemnización no sea directa, por ejemplo cuando simplemente se anula un trámite del proceso selectivo que obliga a reponer las actuaciones procedimentales, si se sigue la tesis administrativista mayoritaria, debe concluirse que el procedimiento adecuado para exigir el resarcimiento de esa responsabilidad extracontractual sería el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regulado en los arts. 140 a 145 de la Ley 30/92, ya citada, y el Real Decreto 429/93, de 26 de Marzo que lo desarrolla<sup>43</sup> y, en tras su agotamiento sin satisfacción de la reclamación, la jurisdicción contencioso administrativa.

<sup>43</sup> STSJ Galicia 30-4-96 (AS 1966/96). También STS 14-7-98 (RJ 7016/98). La STSJ Galicia de 2-12-94 (AS 4794/94) se refiere erróneamente a los arts. 40 y ss. de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Considero que debe entenderse remitida a la Ley 30/92. Para un estudio detallado remitimos a "Responsabilidad del Estado y de las Administraciones Públicas". Madrid, 1992. Y COBO OLVERA, T.: "El Procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas". Barcelona, 1998.

Todavía aparecen dudas respecto de la competencia para resolver de los litigios que puedan surgir en este punto situado entre la Resolución finalizadora del procedimiento y el consiguiente contrato, que asume la Jurisdicción Social<sup>44</sup>, pues aunque aún no ha nacido estrictamente el contrato —momento en que a efectos jurisdiccionales nos encontramos ante una cuestión litigiosa promovida "entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo", art. 2 de la LPL— nos situamos ante esa fase preparatoria, precontractual, que, en el ámbito de las relaciones privadas, se asimila al contrato en sí mismo a efectos de su tutela judicial<sup>45</sup>.

## 6. ESPECIALIDADES DE LA SELECCIÓN PARA LA CONTRATACIÓN DE DURACIÓN DETERMINADA

Un tema importante de resolver es determinar si la contratación laboral de duración definida está excluida de las exigencias previas de selección a través de procedimientos de tipo objetivo; esto es, si la llamada contratación laboral temporal es libre, como en el caso de las empresas privadas.

En principio, la respuesta, siguiendo los argumentos que hemos desarrollado respecto del personal laboral en general, debe ser negativa. Si, como venimos defendiendo, estimamos que la Constitución contempla un concepto amplio de la función pública no parece posible excluir del mismo al personal no fijo de plantilla, pues el servicio que presta este tipo de personal para nada se diferencia del realizado por el fijo y los preceptos constitucionales no distinguen por esta causa. De esta forma, cabe afirmar que los principios que rigen el acceso a las funciones públicas son aplicables también a la contratación de los trabajadores por tiempo, obra o servicio determinado<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Así la STSJ de Madrid de 25-1-1994 (AS 413/94) conoce sobre una reclamación sobre la falta de contratación de un trabajador que entendía haber sido seleccionado y frecuentemente se resuelven por la jurisdicción social reclamaciones por despido o cantidad derivadas de la anulación de resoluciones de convocatorias, así, las SSTSJ de Castilla León de 22-7-1991 (AS 4327/91) y de 30-3-1993 (AS 1234/93).

<sup>45</sup> ALFONSO MELLADO, C.L.: *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Valencia, 1994, p.40. Al respecto, consultar también FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: "¿Precontrato o contrato de trabajo? Una delimitación siempre difícil", en *REDT*. Nº 95. 1999. Pp. 445 y ss. MARTÍNEZ GIRÓN, J.: "El precontrato de trabajo: límites normativos y práctica judicial", en *AL* nº 42. 1994. P 665. SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La preparación del contrato de trabajo", *Doc. Lab.* nº. 34/1991, especialmente pp. 63 a 67.

<sup>46</sup> En ese sentido la STSJ de Galicia de 31-8-1991 dirá que "en todo acceso a puestos de trabajo de la función pública, ya sea con carácter definitivo o temporal, deben respetarse los principios de igualdad de oportunidades y de capacidad y mérito". También partidarias de la aplicación indiferenciada de dichos principios constitucionales a la contratación de duración determinada, las SSTSJ de Andalucía de 14-10-96 (AS 3697/96), Valencia de 13-12-96 (AS 4115/96), Castilla y León de 21-1-97 (AS 290/97) y Baleares de 5-3-97 (AS 1005/97).

Sin embargo, el principio de eficacia, que respecto de la actuación administrativa proclama el art. 103.1 CE, puede desaconsejar, en determinadas circunstancias y por razones de urgencia, la utilización de los mismos procedimientos de selección que rigen para el personal fijo de plantilla, que por su formalidad suelen ser lentos, aunque ello no significa que deba ser excluidos de todo tipo proceso objetivo de selección.

En términos generales, se puede afirmar que nuestra legislación en la materia conjuga ambas exigencias constitucionales, puesto que el art. 19 de la Ley 30/1984, al exigir los mismos procedimientos de selección para el acceso a las funciones públicas, ya como funcionario ya como personal laboral, no efectúa distinción alguna respecto de que éste haya de ser fijo o no, lo que ha llevado a algún autor<sup>47</sup> a aplicar el principio "*ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*" y concluir que tales procedimientos de selección son exigibles igualmente cuando se trata de contratar a personal temporal, ya que tal "no distinción" está cargada de pleno sentido, pues el servicio prestado, bajo una u otra modalidad de contratación, es el mismo, al igual que la misma eficacia es exigible al servicio prestado por uno u otro personal.

A pesar de ello, el art. 35 del Reglamento General de Ingreso, establece normas especiales para la selección del personal temporal, distintas a las de personal para cubrir puestos de naturaleza permanente o fija<sup>48</sup>, aunque, deberá realizarse conforme a los principios de mérito y capacidad, según el art. 35 de la misma norma, que faculta al Ministerio de las Administraciones Públicas, para establecer las *normas de general aplicación* para la contratación de duración determinada del personal laboral, "*para la realización de trabajos que no puedan ser atendidos por personal fijo*".

De cualquier manera, las normas generales que regulen la selección del personal no fijo deberá respetar los criterios establecidos en el art. 19 del mismo Reglamento, pues este precepto se refiere a "*todos los procedimientos de selección y acceso del personal, funcionario o laboral,...*". "*Todos*" significa sin excepción.

A pesar de esta idea que se desprende de la regulación estatal, alguna legislación autonómica implícitamente parece admitir la contratación directa, excluyendo la obligación de acudir a procedimientos objetivos de selección<sup>49</sup>. Aunque cabe advertir que esta excepción parece contravenir el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los empleos de las Administraciones públicas según los reiterados principios, reconocidos constitucionalmente, si definitivamente acuñamos un concepto amplio de función pública.

<sup>47</sup> GARCÍA LÓPEZ, "La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas.", en *REDT* nº 44/1999, pág. 669.

<sup>48</sup> PÉREZ MARTÍNEZ, "El personal laboral al servicio de la Administración ...", cit., p. 268.

<sup>49</sup> Expresamente se contempla tal posibilidad en el art. 33 de la Ley de la Función Pública de la Junta de Andalucía en los casos de "*trabajos imprevistos urgentes y no permanentes*".

Desde esta óptica pueden considerarse ajustados a dichas exigencias el llamado concurso de méritos permanente y abierto<sup>50</sup> y, excepcionalmente, quizás también la colaboración del INEM en la selección del personal<sup>51</sup>, aunque con reservas, siempre que se traten de ofertas genéricas de empleo y exista algún tipo de control objetivo, como puede ser la intervención de la representación de los trabajadores.

## 7. LAS BOLSAS DE TRABAJO O ESPERA

### 7.1. Origen y fundamento

Se ajustan a los reiterados principios que rigen la selección para la contratación de duración determinada otros métodos selectivos, de práctica generalizada entre las Administraciones Públicas, como el consistente en acudir a las llamadas *bolsas de trabajo* o de espera<sup>52</sup>, obtenidas a resultas de otros procedimientos selectivos previamente celebrados para personal fijo. Esto es, se tratan de relaciones de aspirantes demandantes de empleo en la Administración de que se trate, que habiendo participado en anteriores pruebas selectivas no han obtenido empleo fijo, por la limitación del número de puestos de trabajo convocados en su momento, aún habiendo demostrado suficiencia<sup>53</sup>, y que, por tal razón, se utilizan para la contratación de duración determinada.

Las bolsas suelen estar formadas por las personas inscritas en ellas, ocupando un número de orden conforme a la puntuación alcanzada en las pruebas selectivas predeterminadas, o en algunos supuestos, en atención al tiempo trabajado anteriormente. En función de los baremos acordados, la confección, ordenación y gestión burocrática es normalmente encomendada al

<sup>50</sup> Al respecto del cual la STC 56/1980 consideró que tiene "*una razonable justificación por las exigencias organizatorias y los principios de mérito y capacidad en cuanto al acceso a la prestación de servicios en los organismos públicos*".

<sup>51</sup> Así el art. 14 del CC Único para la Administración del Estado prevé en su art. 38.2 esta posibilidad, aunque limitada "[...] *para las contrataciones previsibles por su carácter estacional y siempre que las características de las tareas a desempeñar así lo aconsejara* [...]".

<sup>52</sup> Dada la importancia y el interés que está provocando la generalización de la utilización de las bolsas de trabajo y de las listas de espera, a las que hemos mencionado de pasada en relación al posible campo de actuación de la negociación colectiva, vamos a detenernos en el estudio de su régimen jurídico.

<sup>53</sup> Esta posibilidad aparece mencionada implícitamente en el art. 38 del CC único para la Administración del Estado, cuando establece que "[...] *podrán también establecerse relaciones de candidatos para la sustitución temporal de trabajadores, bien a partir de procesos de selección de personal laboral de carácter fijo bien mediante convocatoria pública al efecto* [...]". Asimismo se establece esa posibilidad, aunque con un regulación mucho más exhaustiva, en el art. 18 Convenio Colectivo de la Junta de Andalucía.

Departamento de personal correspondiente, que recibe las admisiones, adjudica los números de orden y decide, en su momento, el candidato más ajustado para la cobertura de la plaza, según el orden establecido, si bien en algunos casos pueden tenerse en cuenta otros factores, como la idoneidad para determinado puesto en función de la experiencia o la formación específica. Esa actividad de ordenación suele ser controlada o supervisada por una comisión de seguimiento, en la que participan los representantes de los trabajadores<sup>54</sup>.

Esta manera de proceder nos permite afirmar que en el origen o en el punto de partida de la creación de las Bolsas y en su ordenación, como regla general, aparecen los principios de mérito y capacidad; mérito y capacidad demostrado con anterioridad en el procedimiento de selección correspondiente. Así, este procedimiento de selección se revela, en casos de urgencias, sobre todo cuando se tratan de grandes organizaciones con importante movimiento de personal, más eficaces que otros procedimientos formales, sin que ello suponga merma alguna de los principios constitucionales, aunque puede producir un efecto perverso, pues se establece un sistema de preferencias que provoca la reiteración de la contratación de las mismas personas en un encadenamiento de contratos que a los ojos de los Tribunales puede parecer cercano al fraude de Ley.

De cualquier forma, aún con ese peligro, actualmente más controlado, como veremos al final de este estudio, las Bolsas de Trabajo se erigen como un medio de planificar anticipadamente el suministro idóneo de mano de obra para las necesidades temporales y urgentes de personal que sufre la Administración Pública, evitando los lentos y costosos procedimientos ordinarios de selección<sup>55</sup>.

Estos instrumentos de regulación del mercado temporal interno de las respectivas Administraciones<sup>56</sup> son creados en la mayoría de los casos, mediante Acuerdos suscritos entre la Administración y los Sindicatos, en los que se regulan la estructura y el funcionamiento de las Bolsas<sup>57</sup>, sin embargo, en otros casos nacen de la decisión unilateral de la Administración empleadora, mediante una Resolución singular o Disposición administrativa de carácter general.

<sup>54</sup> OJEDA AVILÉS, "Los Acuerdos...", cit., pp. 104 y 105. También, consultar Resolución de 28-12-1992, ya citada.

<sup>55</sup> OJEDA AVILÉS, cit., p. 105.

<sup>56</sup> OJEDA AVILÉS, cit. p. 119.

<sup>57</sup> Como ejemplo puede citarse El "Acuerdo de Estabilidad en el Empleo", de la Junta de Andalucía, de 7 de Noviembre de 1990. También de gran importancia, por el gran número de pronunciamientos jurisprudenciales provocados, es la Resolución de Provisión de puestos de trabajo con carácter temporal del Organismo Autónomo de Correos, de 28 de Diciembre de 1992 (especialmente punto 11). Finalmente, también prevé su utilización el CC del Personal laboral de la Junta de Andalucía, en su art. 18. Y de una manera tímida, el art. 38.3 del CC Único para las Administraciones Públicas.

## 7.2. Situación jurídica del aspirante "inscrito" en las Bolsas

Cuestión esencial es el delimitar cual es la situación jurídica de los trabajadores inscritos en dicha Bolsa; es decir, se trata de determinar si existe simplemente una mera expectativa no vinculante para el empleador o si, por el contrario, se reconoce una vinculación o nexo contractual entre ellos y la Administración por el mero hecho de estar inscritos en la misma, es decir, si la inscripción en la bolsa de trabajo produce un efecto constitutivo, al crear un nexo jurídico entre el trabajador y la Administración Pública empleadora, que posibilita al mismo el ejercicio de acciones jurídicas para exigir, llegado su momento, el cumplimiento del compromiso o, en su caso, reclamar indemnizaciones por daños y perjuicios caso de que no se produzca el mismo o simplemente si se trata de una mera promesa carente de toda posibilidad de exigencia jurídica. Se trata de conocer si esa posible relación precontractual tiene naturaleza jurídica privada o pertenece al ámbito de las relaciones públicas, de determinar la jurisdicción competente para el examen de las cuestiones litigiosas que puedan surgir y de las acciones jurídicas que se puedan ejercitar.

La Jurisprudencia, aún incipiente, no se muestra unánime en este punto: Una parte importante de Sentencias considera que la relación no ha nacido aún, ya que la inscripción de espera no otorga la condición de trabajador<sup>58</sup>; en consecuencia, en caso de controversia, se declara incompetente la Jurisdicción Laboral renunciando a favor del Orden Contencioso Administrativo, aunque concurren normas colectivas que rijan la materia, pues éstas no pueden prevalecer sobre la regulación de Derecho Público<sup>59</sup>. La jurisprudencia mayoritaria considera que, aunque la relación no se ha formalizado, existe un interés legítimo, un derecho expectante, un presunto derecho a ser contratado y hasta se llega a afirmar que la relación laboral ya existiría, únicamente quedaría pendiente el acto material de formalización de la misma<sup>60</sup>, reclamando la competencia de la jurisdicción social.

A fin de intentar poner algo de claridad en un aspecto novedoso y poco estudiado se pueden partir de dos premisas:

<sup>58</sup> STSJ Andalucía de 11-9-95 (AS 3384/95) y 4-3-98 (AS 1459/98), Castilla y León de 21-5-96 (AS 1531/96), STSJ Madrid 26-2-98 (AL nº 25/1998. P. 2223), STSJ La Rioja 1-12-98 (AL nº 12/1999. P. 1124), STSJ Murcia 3-4-98 (AS 2205/98). También Auto del Tribunal Supremo de 19-12-96 (RJ 9808/96).

<sup>59</sup> STSJ Canarias de 14-3-96 (AS 589/96), Galicia de 16-9-96 (AS 2771/96), Murcia de 25-3-97 (AS 1015/97), y País Vasco 26-5-98 (AS 2447/98). También SSTs de 17 y 24-2, y 21-7-98 (RJ 1842, 1960 y 6530/98).

<sup>60</sup> SSTSJ de Andalucía 12-4-94 (AS 1525/94), Galicia de 20-12-94 (AS 4765/94), Murcia de 20-9-96 (AS 2850/96), País Vasco de 11-2-97 (AS 781/97), Andalucía de 13-3 y 27-3-1998 (AS 1807 y 1673/98). También STS de 12-12-97 (RJ 9167/97). Incluso la STSJ de Andalucía de 7-2-94 (AS 654/94) llega más lejos al calificar de despido nulo la no contratación de una persona que ocupaba un puesto anterior en la lista de espera.

### • Posiciones privatistas:

El punto de partida de esta tesis se encuentra en el entendimiento de que nos hallamos en el ámbito de relaciones privadas entre el empleador público y los trabajadores o ciudadanos aspirantes a serlo, con o sin la intervención de los Sindicatos.

La argumentación que puede sostener esta hipótesis partiría de la base que la actividad de la Administración empleadora relativa al reclutamiento de personal para su posible contratación temporal en un futuro próximo a medida que se vaya necesitando no difiere de la que realiza cualquier empresario previsor, que necesita disponer de cantera que pueda surtir con rapidez mano de obra en situaciones coyunturales imprevistas.

Desde esta posición pueden establecerse, según el origen pactado o unilateral, dos hipótesis:

En el supuesto que la confección las bolsas de trabajo se realice por imperativo de la negociación parece meridianamente claro que se generan vínculos jurídicos entre las partes firmantes en la medida que sus instrumentos de creación son verdaderas fuentes de derechos y obligaciones —art. 37 CE y 3 ET— y en consecuencia, tienen eficacia vinculante, normativa u obligacional, según los casos, de ahí se deduce que exigibilidad por las partes suscribientes, aunque de ello no se desprende necesariamente que las personas, que no son trabajadores todavía, puedan obtener por esta vía derechos ejercitables frente al empleador y ante los Juzgados y Tribunales de Justicia, pues tales normas se refieren a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los “trabajadores” y empresarios y de los derechos y obligaciones concernientes a la “relación laboral”, y los inscritos en bolsa aún no han obtenido la condición de trabajadores al no haber aún nacido la relación laboral. No obstante, mediante la contratación colectiva el empleador público está adquiriendo la obligación de contratar al personal inscrito en las bolsas con preferencia sobre terceros y según el orden o criterio establecido convencionalmente y el receptor de esa obligación es el aspirante inscrito en bolsa, aunque tal consideración tampoco nos aclara cual sea la naturaleza jurídica de la relación entablada.

Por el contrario si la Bolsa de trabajo se crea en virtud de una declaración unilateral de voluntad, de alcance colectivo, del empleador público, se está también adquiriendo un compromiso, en tal caso habrá que concluirse que el sujeto que emite una declaración de voluntad se ve obligado por la buena fe a mantenerla durante un plazo congruente y a revocarla con los mismos requisitos que la emitió<sup>61</sup>.

En refuerzo de esta creación doctrinal cabe señalar la construcción jurisprudencial de los actos propios. Según esta teoría, debe observarse en el tráfico una conducta coherente, siempre que se trate de actos inequívocos, en el sentido

<sup>61</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R. (Coord.): *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1995, p. 62.

de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de la buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior<sup>62</sup>.

La segunda posibilidad sería la de defender que existe un precontrato o contrato preliminar formulado como una promesa de contratación del trabajador por parte de la Administración, que se define como “un contrato consensual no regulado o atípico, cuyo objeto es un contrato futuro o definitivo, cuya celebración extinguirá la obligación nacida de la obligación preliminar”<sup>63</sup>.

Así configurada la relación entre aspirante y Administración, el problema es dilucidar cuales serían las consecuencias de un incumplimiento del objeto del precontrato considerado como la celebración de un contrato futuro. La consecuencia del incumplimiento dependería, en opinión de la doctrina civil, del hecho de si el contrato definitivo o futuro ha quedado plenamente configurado o no; si eso es así, sería posible el cumplimiento forzoso por el órgano jurisdiccional, si no ha quedado determinado, las partes quedan obligadas a una colaboración posterior de carácter personalismo que no podría ser suplida en caso de incumplimiento por el órgano judicial, siendo sólo posible la indemnización por daños y perjuicios<sup>64</sup>.

Una tercera posibilidad sería considerar que la inscripción en la bolsa de trabajo supone la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, únicamente con la particularidad que está sujeto a condición suspensiva que es la existencia por parte de la Administración de necesidades del personal; la concurrencia de dicha necesidad daría plena vida al contrato, que dejaría de estar suspendido para producir plenos efectos entre las partes. La Jurisprudencia ha llegado a considerar mayoritariamente que, aunque la relación no se ha formalizado, existe un interés legítimo, un derecho expectante, un presunto derecho a ser contratado; la relación laboral ya existiría, únicamente quedaría pendiente el acto material de formalización de la misma<sup>65</sup>. De esta afirmación se dedu-

<sup>62</sup> Como muestra de abundantísima Jurisprudencia del Tribunal Supremo: SSTS 12 y 13-4-93 (RJ 2995 y 2878/93), 10-7-1997 (RJ 5822/97) y 30-3-1999 (RJ 2420/99), por todas. Entre la Doctrina, PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho Comparado: la doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1951, pp. 97 y ss.; y DÍEZ PICAZO, L.: *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1963.

<sup>63</sup> PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II*. Barcelona, 1997. P. 313.

<sup>64</sup> PUIG BRUTAU, J.: Op. Cit. p. 322. De la misma opinión DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, L.: *Sistema de Derecho Civil. Tomo II*. Madrid, 1997, p. 70.

<sup>65</sup> SSTSJ de Andalucía 12-4-94 (AS 1525/94), Galicia de 20-12-94 (AS 4765/94), Murcia de 20-9-96 (AS 2850/96), País Vasco de 11-2-97 (AS 781/97), Andalucía de 13-3 y 27-3-1998 (AS 1807 y 1673/98). También STS de 12-12-97 (RJ 9167/97). Incluso la STSJ de Andalucía de 7-2-94 (AS 654/94) llega más lejos al calificar de despido nulo la no contratación de una persona que ocupaba un puesto anterior en la lista de espera.

ciría que el Orden competente para conocer de reclamaciones sería el Orden Social<sup>66</sup>.

Se ha llegado incluso a entender<sup>67</sup> que se puede defender la consideración de trabajador fijo discontinuo, aunque con límites, para aquellos inscritos en la lista de espera que hayan prestado servicios temporales con el titular de la Bolsa, realizando trabajos de cadencia irregular que no se repiten en fechas ciertas, existiendo algunas Sentencias que apoyan esa tesis, al considerar que el hecho de estar inscrito en esas listas de espera les convierte en fijos de plantilla con carácter discontinuo<sup>68</sup>. Sin embargo, esta posición solo cabe para los supuestos en que el aspirante ya se encuentre trabajando o haya trabajado en tareas cíclicas y deben tratarse exclusivamente y necesariamente de casos abusivos de persistente reiteración en trabajos de naturaleza intermitente, en los que exista un verdadero fraude de Ley y sin perjuicio a terceros con mejor derecho. Nótese que la utilización de las bolsas provoca en algunas ocasiones que la misma persona sea llamada en las épocas de mayor actividad periódica (campañas de declaraciones de la renta, becas, matriculaciones en las Universidades) que puede resultar beneficiada en perjuicio de otras con mejor situación en la bolsa, por haber obtenido mejores resultados, contratadas por otras causas, como interinidad en vacante o para una sustitución, u obra o servicio determinado de larga duración que no pueden acceder a la condición de fijo de plantilla si no es en virtud de la superación del correspondiente proceso selectivo.

Seguramente, desde esas posiciones privatistas lo más acertado sería considerar al inscrito en la bolsa de trabajo en una posición intermedia entre la segunda y tercera postura, entre la existencia de un precontrato y la de un contrato suspendido. Así, estaríamos ante una promesa de contratación, un precontrato, por el que la Administración se compromete a contratar al trabajador cuando las necesidades de personal le obliguen a ello. Sin embargo, el contenido del contrato futuro no queda prefijado por las partes, como sería el caso en el que el contrato estuviese vivo, suspendido, sino que éstas se remiten a un momento posterior en el que lo fijarán. Sin embargo, la Administración reconoce a favor del inscrito en la lista de espera un interés legítimo, una expectativa de derecho a ser contratado con preferencia sobre cualquier otra persona que, por estar inscrita en la lista de espera con una puntuación menor, tenga menos mérito y capacidad que ella. Sin embargo, como hemos visto, el problema se presentará en el supuesto de incumplimiento por parte de la Administración de llevar a cabo la realización del contrato definitivo; esto es así ya que, al no estar fijado en el precontrato el objeto del contrato futuro, no podrá ser ejercida por el trabajador la pretensión de que el contrato se celebre, sino

<sup>66</sup> Además de las mencionadas en la Nota anterior, ver también STSJ País Vasco de 21-4-98 (AS 2099/98). SSTS 23-6 (dos), 30-9, 27-10, 5 y 17-11-1997 (AS 4935, 4936, 6631, 7554, 8085 y 8315/97).

<sup>67</sup> OJEDA AVILÉS, "Los Acuerdos...", cit., p.118

<sup>68</sup> STSJ Cantabria de 29-3-95 (AS 1067/95) y Navarra 28-11-95 (AS 4102/95).

que sólo le quedará la posibilidad de solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados.

La caracterización de la relación entre empleador público y aspirante no varía sustancialmente por el hecho de que los criterios para la confección de las Bolsas se hayan establecido en la Negociación Colectiva puesto que, como hemos apuntado, está sólo afecta a los trabajadores actuales y a los futuros, pero sólo cuando lo sean, y a relaciones laborales vigentes.

De cualquier forma, mediante uno u otros instrumentos, se genera una obligación para la Administración de surtir de personal a través de las Bolsas y, en correspondencia, del consiguiente derecho del aspirante incluido en las relaciones de aspirantes a ser contratado con las preferencias que se establezcan en el instrumento de creación con preferencia a los no participantes en las mismas y, seguramente, con mejor derecho que otros inscritos en posiciones inferiores, salvo causas justificadas previstas en las normas de creación. En ese sentido se puede afirmar que existe una expectativa de derecho a ser contratado con preferencia sobre otra persona que ostenta menos puntuación y méritos que otro, un interés legítimo que merece la tutela judicial.

#### • Posición administrativista

El punto de partida de esta posición se encuentra en la tesis ya expuesta al examinar la naturaleza jurídica del procedimiento de selección del personal laboral fijo de plantilla pues los argumentos allí expuestos no se pierden para el caso que se trate de contratación de duración determinada, en ambos casos se trata de la formación regular y reglada de la voluntad de la Administración, en ambos casos se ejercen potestades públicas relacionadas con los intereses y derechos de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas entendidas en sentido amplio y, en definitiva, no acertamos a comprender, a estos efectos, las diferencias de naturaleza jurídica entre los procesos de selección para la contratación de duración indefinida y la de duración determinada.

También en este caso la Administración contrae obligaciones frente a los aspirantes de surtir de recursos humanos a través de las Bolsas de trabajo, bien mediante una declaración unilateral de voluntad, bien previa negociación con los representantes de los trabajadores.

A fin de determinar cual sea la situación jurídica del aspirante, puede entenderse que éste goza de un derecho cuya fuente es una norma de carácter reglamentario o de una Disposición administrativa de carácter general o en fin de una Resolución administrativa singular dirigida a una pluralidad de personas. En cualquiera de los casos la actividad negocial se entendería como un acto consensuado de la Administración no vinculante previo o preparatorio de la Disposición o Resolución Administrativa en cuestión.

Se puede entender que la fuente de las obligaciones y de los derechos, de la Administración y de los aspirantes respectivamente, tiene origen normativo de carácter reglamentario, pues aunque en sede doctrinal se discuta sobre la

potestad reglamentaria de las autoridades inferiores al Gobierno<sup>69</sup> —en el que radica originariamente tal poder, conforme al art. 97 CE— en este caso se produce una habilitación desde un Reglamento en sentido estricto, pues como ya hemos advertido el art. 35 del RD 364/1995 ordena al Ministerio para las Administraciones Públicas establecer “*las normas de general aplicación*” en la contratación de duración determinada del personal laboral ..., “*para la realización de trabajos que no puedan ser atendidos por personal fijo...*”, “*que se celebrarán conforme a los principios de mérito y capacidad...*”, por lo que no debe plantear demasiados problemas considerar que se trata de un Reglamento o Disposición Administrativa de carácter general y efectos jurídicos obligatorios.

Tampoco plantea mayores problemas el supuesto en que la Bolsa se confeccione a través de una mera Resolución Administrativa, ya sea una Circular, una Instrucción o una Convocatoria específica para el caso, pues no caben dudas sobre su carácter vinculante para la Administración, tanto para el órgano que la haya dictado, como para los inferiores jerárquicos<sup>70</sup>. Más problemática es la admisión de la eficacia directa de los pactos o acuerdos colectivos si no se hayan refrendados por la correspondiente Resolución, pues como hemos visto no existe norma sectorial que le conceda a los mismos efectos vinculantes, salvo que acudamos de nuevo a la doctrina de los actos propios y a la actuación conforme a las reglas de la buena fe.

### 7.3. Competencia jurisdiccional y acciones jurídicas del aspirante

Como ya anunciábamos, respecto de la determinación de la jurisdicción competente para resolver sobre los litigios planteados en materia de bolsas de trabajo existen diferentes posiciones en la jurisprudencia, seguramente porque, en este campo de la preparación de la contratación determinada existen menores previsiones legales y, en consecuencia, aparecen mayores lagunas y mayor espacio para la negociación colectiva, que enturbia aún más la polémica. Así, por ejemplo, el TSJ del País Vasco adopta dos posiciones contradictorias en Sentencias de 30-9-96 y de 11-2-97<sup>71</sup>, pues, para la primera “*la naturaleza laboral de la norma paccionada no supone la competencia del orden social*”, puesto que respecto de los procesos selectivos de nuevo ingreso ese actuar previo está sujeto al cumplimiento de una serie de actos de carácter administrativo, que son perfectamente separables del contrato mismo que se perfeccionará después de ellos y, sin embargo, para la segunda, en este aspecto la “*Administración actúa claramente como empresario y aplica normas de*

<sup>69</sup> GARCÍA ENTERRIA Y FERNÁNDEZ, TR, “*Curso...*”, cit., pp. 177 ss; PAREJO y otros, cit., “*Manual...*”, que admite la competencia para dictar reglamentos como un poder derivado, p. 273.

<sup>70</sup> PAREJO, “*Manual...*”, cit., pp. 264 y 265 ss.

<sup>71</sup> AS 3599/96 y 781/97, respectivamente.

carácter laboral”<sup>72</sup>. La solución aportada por el Tribunal Supremo<sup>73</sup>, apunta por esta segunda línea, pues “*resulta evidente que, la exclusión de determinados trabajadores de unas listas que se han confeccionado de acuerdo con unos criterios acordados mediante contratación colectiva, forma parte tanto de la rama del Derecho del Trabajo, como del sindical*”, se trata por tanto de “*una práctica empresarial*”, una actividad en la que actúa como empresario, “*no como sujeto investido de potestad*”, de un acto en desarrollo de un acuerdo pactado con la representación de los trabajadores. No obstante cuenta esa sentencia con un voto particular que insiste en que la regulación administrativa, es en este caso, prevalente, “*en atención a la cualificada presencia de un interés general al que se conecta el ejercicio de una potestad administrativa*”<sup>74</sup>.

En consecuencia, según esta jurisprudencia la Jurisdicción contencioso administrativa es competente resolver los litigios que se puedan plantear al respecto de las Bolsas de Trabajo, salvo que se regulen mediante un acuerdo colectivo, o convenio colectivo en cuyo caso se reclama la competencia del Orden Jurisdiccional Social<sup>75</sup>.

A nuestro entender, esta postura intermedia que atribuye la competencia jurisdiccional según la mayor o menor intervención de la negociación colectiva, no parece en absoluto compartible pues genera inseguridad jurídica, pues no resulta admisible mantener que el proceso de selección supone el ejercicio de potestades públicas si no han sido negociados y de actos privados si interviene la negociación colectiva, más coherente resulta admitir que son dos tesis incompatibles entre sí: o nos encontramos actos administrativos, unilaterales o consensuados, o nos hallamos ante actos privados de la Administración, unilaterales o negociados.

<sup>72</sup> En el mismo sentido la STSJ del País Vasco de 21-4-98 (AS 2099/98) y STSJ de Castilla y León de 7-7-98 (AS 3126/98)..

<sup>73</sup> STS de 23-6-97 (RJ 4934/96). A la que siguen las de 30-9, 17-11 y 12-12-97 (RJ 6631, 8316 y 9161/97).

<sup>74</sup> Doctrina defendida por las SSTS de 21-7-92 (RJ 5641/92), 17-2-98 (RJ 1842/98), y 24-2-98 (AS 1960/98), SSTSJ de Canarias de 14-3-96 (AS 589/96), de Galicia de 16-9-96 (AS 2771/96), Murcia de 25-3-97 (AS 1015/97)

<sup>75</sup> STS 23-6-97 (RJ 4935/97). También STSJ del País Vasco 11-2-97 (AS 781/97) y 21-4-98 (AS 2099/98), y Valencia 5-2-99 (AS 813/99).

Sin embargo, contrarias a esta concepción se pronuncian las SSTSJ de Canarias de 14-3-96 (AS 589/96), Castilla y León de 21-5-96 (AS 1531/96), Murcia de 25-3-97 (AS 1015/97) y País Vasco de 30-9-98 (AS 3598/98).

No existe discrepancia en el caso de las bolsas de trabajo de las Entidades de Derecho Público, si de conformidad con sus normas de creación su actividad se encuentran regulada por el Derecho Privado, por lo que parece claro que deben solventar las controversias que se produjesen ante el Orden Jurisdiccional Social. Así, SSTS de 8-3 y 17-7-96 (RJ 3188 y 6111/96). También STSJ Galicia 17-12-98 (AS 4592/98), STSJ País Vasco de 21-4-98 (AS 2099/98). SSTS 23-6 (dos), 30-9, 27-10, 5 y 17-11-1997 (AS 4935, 4936, 6631, 7554, 8085 y 8315/97).

En la primera hipótesis, que parece la más acertada, la competencia para resolver sobre los mismos corresponde a la jurisdicción administrativa. Desde estas posiciones administrativistas no parece existan dudas sobre las acciones jurídicas de que dispone el aspirante que entiende burlados sus derechos, recurso de alzada o de reposición, según la autoridad de la que proviene el acto impugnado, art. 107 Ley 30/1992, según reforma de Ley 4/1999, y, ante la pertinente desestimación expresa o presunta, recurso contencioso administrativo por el procedimiento abreviado —art. 78 Ley 29/1998, de la Jurisdicción del mismo nombre.

Sin embargo, situados en la tesis privatista, aún se plantean nuevos problemas, en primer lugar, porque la Jurisdicción social es competente para resolver sobre los litigios promovidos “entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo” —art. 2 de la LPL— y lo cierto es que en la situación planteada nos encontramos ante una fase en la que el contrato aún no ha nacido, problema que sólo puede ser salvado en el entendimiento de que la figura que corresponde es un precontrato.

Desde esas posiciones tampoco queda claro cual sea la acción que pueden ejercitar los aspirantes cuando debiendo ser contratado por el orden de bolsa, se contrata a otra persona no incluida o con menor derecho. ¿Deben ejercitar, como en los casos de los trabajadores fijos discontinuos “no llamados” o de los excedentes a los que sin causa se niega el reingreso, la acción de despido<sup>76</sup>? ¿Debe ejercitarse la acción declarativa de derecho? La resolución de la cuestión tiene efectos de gran trascendencia práctica, desde la determinación del plazo de caducidad, a la cuantificación de las indemnizaciones que puedan proceder.

El problema con que nos encontramos es que la acción de despido se ejercita contra la extinción de un contrato de trabajo existente. Y aunque debemos reconocer que existe una corriente flexibilizadora que ha llevado a aplicar analógicamente este procedimiento de despido a otras causas posibles de extinción del contrato de trabajo que no cuentan con una regulación específica<sup>77</sup>, debemos recalcar que aquella persona inscrita en una bolsa de trabajo no tiene un contrato de trabajo, ni en vigor, ni suspendido (no sería el caso del fijo discontinuo, al que se le aplicaría la acción de despido al no ser llamado), por lo que no entraría dentro del campo de aplicación de dicho procedimiento. Por ello, al aspirante no contratado, pese a ostentar mejor derecho que otro, le quedaría únicamente la acción declarativa de derechos, por la que solicitaría al Órgano Jurisdiccional el reconocimiento de su mejor derecho a ser contratado

<sup>76</sup> Así para la STSJ de Andalucía de 7-2-1994 (AS 656/94), la no contratación de los seleccionados en lista de espera, establecida por Convenio equivale a despido nulo

<sup>77</sup> BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. Madrid, 1995. P. 298. ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “¿Equivale a un despido la no readmisión del trabajador tras la excedencia forzosa?”, en *RPS*. 132. 1981. Pp. 277 y ss. GARCÍA MURCIA, J.: “Sobre el concepto jurisprudencial de despido y sus consecuencias procesales”, en *REDT*. 52. 1992. Pp. 191 y ss.

con preferencia sobre otra persona. A pesar de este reconocimiento, desde la óptica del Derecho Privado, seguramente no sería posible exigir el exacto cumplimiento de la de contratación al ser una obligación incoercible<sup>78</sup>, procedería en todo caso la reclamación de una indemnización económica por los perjuicios sufridos, cuantía que debe ser solicitada en el momento de presentación de la demanda<sup>79</sup> y que debería incluir no sólo los salarios dejados de percibir por no ser contratado, sino también conceptos cuantificados como la experiencia dejada de percibir, de gran importancia a la hora de futuras contrataciones<sup>80</sup>; la cuantía de dicha indemnización quedaría entonces al libre arbitrio del órgano judicial, que necesariamente deberá tener como referencia la cuantificación legal de las indemnizaciones tasadas para los supuestos de despido y demás extinciones de las relaciones laborales..

Para terminar con la delimitación de la acción ejercitable, debemos detenernos en un supuesto distinto al anterior, como es el de aquellas personas a las que les es denegada la inscripción en la bolsa de trabajo. Podría tratarse de una exclusión discriminatoria, que posibilitaría la utilización del procedimiento contra actos discriminatorios de los arts. 175 y ss. LPL<sup>81</sup>; si no pudiese demostrarse esa actitud discriminatoria, habría de acudir al proceso declarativo de derechos, postulando que el Órgano Jurisdiccional reconociese el derecho del trabajador a ser inscrito en la bolsa de trabajo<sup>82</sup>.

## 8. BOLSAS DE TRABAJO Y CONTRATACIÓN TEMPORAL IRREGULAR

La creación de las Bolsas de trabajo o relaciones ordenadas de solicitantes de empleo público que han superado en pruebas selectivas, como hemos visto,

<sup>78</sup> FERNÁNDEZ COSTALES, J., “Precontrato o contrato de trabajo?, una delimitación siempre difícil”, *REDT*, nº 95/1999, p. 452; MARTÍNEZ GIRÓN, J., “El precontrato de trabajo: límites normativos y práctica judicial”, *AL* nº 42/1994, p. 664; SEMPERE NAVARRO, A.V., “La preparación del contrato de trabajo”, *D.L.* nº 34, p. 65

<sup>79</sup> BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Op. Cit.* p. 124.

<sup>80</sup> OJEDA AVILÉS, A.: *Op. cit.* p. 107.

<sup>81</sup> En relación a trabajadores del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos excluidos por haber recurrido ante los Tribunales una extinción contractual calificada finalmente de despido improcedente, STSJ Navarra 28-11-95 (AS 4102/95), STSJ Cataluña de 15-5-96 (AS 1648/96). SSTS de 23-6-97 (2) (RJ 4935 y 4936/97). En contra STSJ Castilla y León de 21-5-96 (AS 1531/96).

<sup>82</sup> Para OJEDA AVILÉS, A.: *Op. Cit.* p. 124. El procedimiento de tutela antidiscriminatoria de los arts. 175 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral. Con apoyo en la Jurisprudencia, STS de 7-7-97 (RJ 6313/97), se podría acudir al Procedimiento Especial de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, regulado en la Ley 62/1978.

es posiblemente la fórmula que mejor garantiza la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad en los procedimientos de selección del personal temporal, sin embargo, su utilización provoca en muchos casos un efecto *boomerang*. Parten de los principios de igualdad, mérito y capacidad y, a la postre se vuelven contra ellos.

Dos factores fundamentales determinan ese efecto:

Por una parte, las dificultades que la legislación administrativa establece para la contratación laboral de duración indefinida, especialmente la prohibición de contratación de duración indefinida si el puesto de trabajo no está presupuestado e incluido en la Relación de Puestos de Trabajo (art. 15, 1, f) Ley 30/1984<sup>83</sup>), y la necesidad de realizarla sólo mediante un procedimiento de selección que garantice la objetiva aplicación de los reiterados principios. Tales dificultades exigen que para atender las situaciones coyunturales o las nuevas necesidades de los servicios, que a la postre pueden convertirse en estructurales, se precise la contratación de duración determinada como única fórmula para proveerse de recursos humanos.

Por otra parte, el establecimiento de las Bolsas de Trabajo, que provoca la reiteración de la contratación de las mismas personas en esos cometidos, posiblemente mediante un uso intensivo de la temporalidad que no tiene por qué convertirse en abuso de derecho, pues su fin, en principio, no es infringir la Ley, sino lo contrario.

Para garantizar la vigencia de los criterios constitucionales de eficacia e igualdad las normas limitan la discrecionalidad de la Administración y, con tal fin, se configuran las Bolsas de Trabajo, en cuya virtud, se contratan reiteradamente a las mismas personas para necesidades temporales, ante la imposibilidad de su contratación como fijos de plantilla —por las limitaciones o incommunicabilidad de las consignaciones presupuestarias, la falta de actualidad de las “relaciones de puestos de trabajo”, los recortes de la oferta de empleo público, las dificultades de estar en una permanente convocatoria de procesos selectivos— lo que, en definitiva, provoca irregularidades, cuando no situaciones de aparente fraude de Ley, que puede conllevar a la declaración judicial del trabajador afectado como fijo de plantilla, en perjuicio de terceros a los que se impide la posibilidad de hacer valer en condiciones de igualdad sus méritos y su capacidad, esto se impide el ejercicio del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas en sentido amplio.

De esta forma se produce una posible confrontación de derecho a la estabilidad en el empleo, traducido en los efectos que respecto a la contratación temporal anómala establece la legislación laboral, que puede conllevar la presunción de que el contrato se considere indefinido, y la posible infracción de los principios de igualdad, mérito y capacidad a la que ha tenido que enfren-

<sup>83</sup> “La provisión de puestos a desempeñar por el personal funcionario, así como la formalización de nuevos contratos de personal laboral fijo requerirá que los correspondientes puestos figuren detallados en las respectivas relaciones”

tarse la jurisprudencia en reiteradísimas ocasiones, manteniendo diversas posiciones, en un difícil equilibrio de derechos e intereses, cuya evolución en sus líneas fundamentales intentaremos resumir<sup>84</sup>.

Ya en los albores del régimen democrático aparece una línea jurisprudencial, que se consolidará durante la década de los ochenta, que entiende que los mecanismos tradicionales de nuestro Derecho del Trabajo que prevén la posibilidad vía presunciones de hecho o de derecho de la conversión en relación de carácter indefinido del contrato, celebrado originariamente por tiempo o servicio determinado, pero de forma irregular (bien por carecer de determinados requisitos formales, bien por no haberse dado de alta al trabajador en Seguridad Social en los plazos previstos, ya cuando no se formaliza adecuadamente la prórroga del contrato, ya cuando ha sido celebrado en fraude de Ley) entran en contradicción con los principios que inspiran el proceso de contratación del personal por las Administraciones Públicas. Contradicción que resuelven afirmando la primacía de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad sobre los mecanismos presuntivos derivados del principio de estabilidad en el empleo.

Esa doctrina fue matizada en algunos pronunciamientos que mantienen que cuando se produce alguna irregularidad en la contratación temporal por las Administraciones Públicas, que normalmente conllevaría a la declaración de fijo de plantilla y a la consiguiente declaración de improcedencia, no es posible condenar a la Administración a la readmisión, pues con tal opción “la parte demandante podría perpetuarse en el puesto de trabajo, con inobservancia de los principios consagrados en el art. 103.3 de la CE, limitándose la condena a la indemnización del art. 56 del E.T.”<sup>85</sup>.

La rectificación de aquella doctrina se lleva a cabo a partir de las SSTS de 11-2 y de 18-3-1991<sup>86</sup>, que consideran que la repercusión del art. 19 de La Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública respecto a la relación individual de trabajo se limita “al estadio preliminar de la misma, referido al procedimiento de selección o reclutamiento del personal laboral por parte de la Administración” y, en consecuencia, entiende que “tal precepto no puede entenderse en el sentido de que las Administraciones públicas queden exentas de someterse a la legislación laboral cuando, actuando como empresarios celebren y queden vinculados con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo, que habrá de regirse en su nacimiento y en el desarrollo de la relación laboral que de él dimana ajustadamente a la normativa laboral que le sea aplicable según las circunstancias concurrentes en cada caso”. Afirman dichas

<sup>84</sup> Con más detalle en LÓPEZ GÓMEZ, “El régimen jurídico del personal laboral de las corporaciones locales. Especial referencia a su selección” en AA.VV. “III Jornadas sobre la Administración Local en Canarias”, 1999, pp 353 y ss.

<sup>85</sup> SSTCT de 2-11-1988, 4-5-1988 y 11-2-1988, AL 1989, margs. 34, 756 y 355; 12, 17 y 18-1-1989, RA 546, 589 y 626, respectivamente, entre muchas otras.

<sup>86</sup> RJ 822 y 1875, respectivamente.

Sentencias admitir la doctrina anterior que sostenía que *“las irregularidades en que puedan incurrir las Administraciones Públicas en la contratación temporal no transforma la relación laboral en indefinida, en aras a los principios de igualdad de oportunidades y de mérito y capacidad que han de respetarse en favor de todos los que deseen acceder a la función pública, mediante el oportuno procedimiento de selección; principios que, efectivamente, consagra el art. 103.3 de la Constitución”*, sin embargo, añaden que *“ello no quiere decir que las Administraciones Públicas, cuando actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo temporales, estén exentas de atenerse y no tengan en cuenta la normativa general, coyuntural y sectorial que regula esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo”*. *“Negar tal sometimiento, iría en contra del claro mandato del art. 9.1 de la Constitución que sujeta, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*<sup>87</sup>.

Actualmente la STS de 7-10-96<sup>88</sup>, tras recordar la jurisprudencia precedente, realiza una importante *“precisión o matización”* de esa doctrina *“que no afecta a la calificación de la modalidad del contrato según su duración, sino a la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración Pública”* y que el propio TS formula así *“la contratación laboral 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”*<sup>89</sup>.

La tesis del Tribunal Supremo supone una distinción entre trabajadores fijos de plantilla y trabajadores con contratos de duración indefinida sin que exactamente se conociera el alcance jurídico de esta novedosa separación de conceptos, hasta el punto de que una parte de la doctrina entendía que esta última categoría jurídica hacía referencia a la contratación indefinida, pero en situación de interinidad, hasta que se cubra por medio de los adecuados procesos de selección, aunque con diferente alcance<sup>90</sup>, mientras que otra consi-

<sup>87</sup> Sin embargo, la STS 20-1-98 (RJ 1000/98) y STSJ Galicia de 26-3-98 (AS 5055/98), consideran que en el supuesto de concurrencia conflictiva entre normas administrativas y laborales, deben prevalecer las administrativas, en atención a su carácter de normas especiales y a los intereses que en ellas se tutelan.

<sup>88</sup> RJ 7492. Seguidas por las de, 10-10 y 30-10-96 (RJ 9139 y 9864/90), 14-3, 24-4 y 7-7-97 (RJ 2471, 3498 y 6250/97).

<sup>89</sup> Seguida por las SSTs de 10-12-96 (RJ 9139/96), 11-3, 14-3, 24-4 y 7-7-97 (RJ 2312, 2741, 3498 y 6250/97), 20-1, 27-3, 28-4, 12-6, 22-9, 13-10 y 26-10-98 (RJ 1000, 3159, 3874, 5203, 7423, 7809 y 7875/98), 19-1 y 26-1-99 (RJ 810 y 1105/99). También por las SSTSJ de Valencia de 7-10-97 (AS 3651/97) y de 27-1-98 (AS 829/98), y de Extremadura de 30-4 y de 18-5-98 (AS 1570 y 2383/98).

<sup>90</sup> LEÓN CAVERO y BAL FRANCÉS, “Reflexiones...”, y MARTÍNEZ DE LA PEDRAJA ABARCA, “¿Porqué se insiste en enfrentar el Derecho laboral con los principios constitucionales de acceso a los puestos de trabajo en la Administración pública?”, en AJA n 301/1997.

deraba que se tratan de trabajadores fijos con un régimen especial, respecto de los derechos de promoción interna y régimen de despido<sup>91</sup>.

La STS de 20-1-1998 ya citada, parece despejar las dudas: *“el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas, el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato”*<sup>92</sup>.

En nuestra opinión, a pesar de que en esta doctrina jurisprudencial se advierta una distinción poco ortodoxa entre conceptos “contrato de duración indefinida” y “fijo de plantilla” que hasta hace poco entendíamos similares, como pone de manifiesto el voto particular de la Sentencia comentada, supone una interpretación armonizadora de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas, cubiertas con personal laboral, con el de estabilidad en el empleo, una visión integradora del ordenamiento jurídico presidido por la Constitución, que como Norma Suprema se hace prevalecer sobre arcaicos dogmatismos que deben considerarse superados, pues con tal propósito no parece totalmente desacertado entender que también es indefinido aquel contrato cuyo fin está determinado de forma incierta, como contraposición al contrato de duración determinada cuyo fin se prevé de forma cierta o precisa.

<sup>91</sup> GOERLICH PESET, J. M.ª Y VEGA LÓPEZ, J., “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los “trabajadores indefinidos no fijos de plantilla”, RL 1998/1, pp. 569 y ss.

<sup>92</sup> Siguen esa tesis la STSJ de Canarias 15-7-97 (AS 3625/97), “El Tribunal Supremo se ha inclinado por otorgar una estabilidad provisional para todos los supuestos de irregularidades en las contrataciones temporales de las Administraciones Públicas, acudiendo a la situación de interinidad que hace compatibles ambos principios fundamentales confrontados y ello al margen de la existencia o no de vacante, en las formalidades de la plantilla...” y las SSTSJ de Extremadura de 30-4 y 18-5-98 (AS 1570 y 2383/98).

De esta misma opinión se muestra PÉREZ BEDMAR, M.: “Trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla: la incidencia de la norma administrativa en la contratación temporal irregular de la Administración Pública”, en *Revista de Derecho Social*. N.º 4/1998. Pp. 111 y ss.