

CERTIFICO: Que en los autos de única instancia nº 3/05 se ha dictado por esta Sala la siguiente resolución:

En Sevilla, a dieciséis de septiembre de dos mil cinco.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚM. 3.006/2.005

En el procedimiento de única instancia seguido en esta Sala con el número 3 de 2005, siendo Ponente el Iltmo. Sr. D. JOSÉ MARÍA REQUENA IRIZO, Magistrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por D. Domingo Valle Benavente, D^a Elsa García Navarro, D^a Francisca Marín Siles, D. Javier González De Canales Torralbo, D. Joaquín González Espejo, D. José Luis Jurado Herrera, D. José Luis Sánchez Laguna, D^a M^a del Mar Jiménez Gallardo y D^a Maria del Valle Delgado Palma, se ha presentado escrito ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que lo ha remitido a esta Sala de lo Social de Sevilla para su tramitación, contra la Conserjería de Justicia y Administración pública de la Junta de Andalucía, en la que solicitaba que se declarase la nulidad de la Orden de 12 de julio de 2004 de dicho organismo, por la que se convocaba procedimiento de concurso de traslado entre el personal laboral de carácter fijo o fijo discontinuo incluido en el ámbito del Convenio Colectivo de personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía, en lo referente a la base cuarta, apartado A) en el sentido de suprimir la referencia al carácter definitivo en el tiempo de permanencia en el puesto de trabajo. En lo referente a la base cuarta, apartado B) en el sentido de suprimir la distinción en la puntuación respecto de la adquisición de la experiencia profesional en el desempeño de puestos de trabajo dentro y fuera del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo. En lo referente a la base cuarta, apartado C) en el sentido de suprimir la distinción en la puntuación respecto de la antigüedad en las la distinción en la puntuación respecto de la antigüedad en las administraciones públicas en cuanto a los servicios prestados dentro y fuera del ámbito de aplicación del convenio. Y en lo referente a La base sexta, 2 en cuanto a la resolución del empate por el criterio de la letra inicial del primer apellido siguiendo el orden alfabético y comenzando por la letra “Y”.

SEGUNDO.- Por medio de otrosí se solicitaba que tuviese por solicitada la suspensión cautelar de la ejecutividad de la Orden de 12 de julio de 2004 de la Consejería de la Administración de Justicia por la que se convocaba concurso de traslado hasta que se dictase sentencia en este procedimiento, requiriendo a la Consejería demandada para que de modo inmediato y con carácter cautelar deje en suspenso el desarrollo del procedimiento de concurso de traslado convocado. Lo que fue acordado por auto dictado en 6 de junio último, contra el que el organismo demandado ha interpuesto recurso de súplica del que se dio traslado a la contraparte estando pendiente del transcurso del plazo concedido.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.-Por Orden de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía de 12 de junio de 2004 (BOJA de 17 de agosto) se convocó procedimiento de concurso de traslado para la provisión de puestos de trabajo, posibilitando la participación a quienes se encontrasen desempeñando puesto de trabajo con carácter provisional. En dicha convocatoria se facultaba para participar a puestos de trabajo de la misma categoría profesional que se ostentase, al personal que mantuviese una relación laboral con carácter fijo o fijo discontinuo en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del personal laboral de la administración de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO.-La base cuarta de dicha Orden establecía que la adjudicación de las plazas convocadas se efectuaría mediante la valoración de los méritos, de acuerdo con el artículo 20.3 del VI Convenio Colectivo, con los criterios de baremación que relacionaba en los apartados A), B) y C) de dicha base. Y así, en el apartado A), barema en primer lugar *“El tiempo de permanencia con carácter definitivo en el puesto de trabajo desde el que se concursa”*. En el apartado B), *“La experiencia profesional en la categoría que se ostente, obtenida por el desempeño de puestos con carácter definitivo o provisional”*; puntuando de distinta forma, según se tratase de puestos dentro del ámbito del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía o lo hubiera sido fuera de él. Y en el apartado C), *“La antigüedad en las Administraciones públicas”*, valorando asimismo de distinta forma según se tratase de servicios prestados en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo o fuera de él.

TERCERO.- La base sexta, establecía en su número 2 que en caso de empate en la puntuación total, para el desempate se estaría en primer lugar a las puntuaciones parciales obtenidas en cada uno de los tres apartados del baremo citado, por el mismo orden en que se relacionan; y en segundo lugar, a la antigüedad real en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del personal laboral. De no resolverse el empate de este modo, se dilucidaría tomando la letra inicial del primer apellido y siguiendo el orden alfabético,

comenzando por la letra “Y” obtenida mediante sorteo público, según consta en la Resolución de 23 de abril de 2004 de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se determinaba el orden de actuación de los aspirantes a las pruebas selectivas, que se convocasen en cumplimiento de la oferta de empleo público de 2004.

CUARTO.- Los once actores tienen la condición de personal laboral por concurso de acceso convocado por Orden de 17 de febrero de 2000, teniendo asignados puestos de trabajo de distinta categoría profesional con carácter provisional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda se encamina a que se declare la nulidad parcial de la Orden de 12 de julio de 2004, suprimiendo del apartado A) de la base cuarta la referencia al carácter “definitivo” del tiempo de permanencia en el puesto de trabajo desde el que se concursa, porque considera vulnerados los artículos 60 y 20.3 del Convenio Colectivo con la distinción entre definitivo y provisional. En el apartado B), para suprimir la distinción en la puntuación respecto a la experiencia profesional, según se haya obtenido en puestos dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía, estimando infringidos los artículos 20.3.b) del Convenio y 14 de la Constitución. En el apartado C), para suprimir la misma distinción acabada de referir, en cuanto al cómputo de antigüedad, que reputa infringe el artículo 20.3.c) del Convenio Colectivo. Y finalmente, en cuanto a la base sexta que se suprima la referencia a la letra “Y” como inicial del primer apellido para resolver el empate de puntuaciones, ya que entiende que se estaría infringiendo los artículos 14 de la Constitución y 17 del Estatuto de los Trabajadores.

Previamente al examen de la cuestión planteada, preciso es sentar que en la fecha de celebración del acto de juicio se encontraba aun pendiente del trámite de impugnación por el actor del recurso de súplica que el organismo demandado había interpuesto contra el auto que decidió la suspensión de la ejecutividad del concurso objeto de esta litis hasta el dictado de sentencia por esta Sala; a la que incluso el propio organismo recurrente ha remitido la resolución del recurso entablado. A cuyo efecto ha de señalarse que precisamente tal dictado de sentencia deja desprovista de acción a la recurrente, pues con ella queda ya sin efecto la suspensión cautelar. La que, por demás, era procedente por cuanto siguen resultando de aplicación las argumentaciones que se contenían en el auto de suspensión cautelar, sin que haya motivo para que, en su caso, hubiera debido apartarse la Sala del criterio establecido al examinar las excepciones, parte de las cuales se reiteran en el

recurso.

A la acción ejercitada en la demanda por los actores ha opuesto la Consejería demandada las excepciones de incompetencia de jurisdicción por considerar que el conocimiento de la cuestión corresponde a la contencioso-administrativa y no a la social. Y la de inadecuación de procedimiento al estimar que debió seguirse el procedimiento de conflicto colectivo; a lo que agrega la falta de litisconsorcio pasivo necesario ya que en el procedimiento de conflicto colectivo debería demandarse a todos los participantes de plazas que pudieran verse afectados por la anulación de las bases y la falta de legitimación activa, porque el artículo 152 de la Ley de Procedimiento Laboral no legitima para promover el proceso de conflicto colectivo a los actores. Excepciones estas dos últimas de falta de litisconsorcio pasivo necesario y falta de legitimación activa que son totalmente irrelevantes y superfluas, por cuanto vienen referidas a aquel procedimiento especial. La eventual estimación de la inadecuación de procedimiento dejaría aplazado el planteamiento de las excepciones a su promoción y la desestimación deja sin contenido unas alegaciones que se hacen para el caso de un procedimiento al que no sería preciso acudir. Debiendo comenzarse pues en primer lugar por el examen de la excepción de incompetencia de jurisdicción.

SEGUNDO.-La atribución de competencias de los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social viene dada por los apartados 4 y 5 del artículo 9º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los que se concreta que corresponde al orden jurisdiccional social el conocimiento de las cuestiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las relaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral. Y al orden contencioso administrativo, el conocimiento de las cuestiones que se deduzcan en relación con las actuaciones de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo.

Más concretamente y en relación con la cuestión específicamente suscitada en este procedimiento, los artículos 2 .a) y 3 .1.c) de la Ley de Procedimiento Laboral aprobada por Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de abril y artículo 10 de la Ley 29/1998 de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, establecen que corresponde a la jurisdicción social las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y a la jurisdicción contencioso-administrativa las pretensiones relacionadas con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo. Excluyéndose finalmente del conocimiento por la jurisdicción social de las cuestiones que versen sobre los actos de las Administraciones Públicas sujetas

al Derecho Administrativo en materia laboral, lo que no es sino una confirmación de que es la naturaleza de las normas las que vienen, en definitiva, a conducir a una u otra jurisdicción.

La cuestión objeto de controversia, concurso de traslado interno, no aparece regulada por normas administrativas que confieran competencia al orden contencioso-administrativo sino, como pone de relieve el preámbulo de la Orden discutida, por los apartados 1 y 2 del artículo 20 del Convenio Colectivo del personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía, como precepto justificativo e inspirador de la convocatoria de traslado entre personal sometido a su ámbito de aplicación no pudiendo ser calificada como cuestión sujeta al derecho administrativo en materia laboral, pues el organismo demandado ha actuado como empresario y no como sujeto investido de potestad. A tal respecto las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2000 (dos) dictadas en Sala General y reiteradas en las posteriores de 5 de julio y 19 de noviembre de 2001 y 20 de septiembre de 2002, vienen a expresar que en las convocatorias de promoción interna, la Administración actúa claramente como empresario dentro del marco de un contrato de trabajo existente y aplicando normas de indiscutible carácter laboral, precisamente respecto a quien ya tiene la condición de trabajador. A diferencia de lo que ocurre con los concursos de nuevo ingreso, en que se actúa una potestad administrativa en orden a la selección de personal, conforme a parámetros de normas administrativas. De forma que es la jurisdicción social la que ha de conocer de la cuestión planteada en este procedimiento.

TERCERO.-Respecto a la inadecuación de procedimiento, con las precisiones excluyentes ya anticipadas en cuanto a la falta de litisconsorcio pasivo necesario y falta de legitimación activa, en el proceso de conflicto colectivo por el que el recurso reclama la promoción y tramitación de la litis y que no ha llegado a ser promovido, la conclusión que se impone es asimismo contraria al motivo que se examina.

Según reiterada jurisprudencia el conflicto colectivo requiere como requisitos necesarios, la concurrencia de un elemento subjetivo constituido por la afectación de un grupo genérico de trabajadores, entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de los mismos, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad. Y otro objetivo, consistente en la presencia de un interés general que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros.

No concurren enteramente dichos requisitos en el caso objeto de controversia, pues las pretensiones que se deducen en la demanda no se identifican como afectantes a un grupo homogéneo y genérico de trabajadores dada la diversidad de aquellas, en las que unas impugnan la cualidad, definitiva o no, de la permanencia en el puesto de trabajo desde el que se concursa, otras la distinta puntuación a la experiencia profesional en la categoría y antigüedad en la Administración Pública, según se haya obtenido en el desempeño y prestación dentro o fuera del ámbito del Convenio Colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía y otras a la letra inicial con la que dilucidar el desempate en la puntuación para la adjudicación de plazas.

Falta el elemento común identificativo, apareciendo más bien como un interés y condicionamiento de alcance plural afectado por razones que encierran unas distintas y específicas peculiaridades, que como un conjunto o colectividad unitario. Tal noción de interés general o colectivo es, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1992, particularmente problemática siendo compleja su distinción, ya que en los conflictos individuales que versen sobre la interpretación de una norma hay normalmente un momento colectivo, en la medida en que el sentido general de la interpretación que se propugna no responde solo al interés individual del que litiga, sino al de todos los que comparten o puedan compartir su posición contractual. Del mismo modo que en la pretensión colectiva están presentes los intereses individuales de aquellos a quienes beneficia esa interpretación. Añadiendo la de 4 de abril de 2000, que cuando el examen de una pretensión exija el estudio de condiciones individuales de los afectados, en función de las que su éxito deba ser determinante de pronunciamientos para cada uno de los miembros del grupo, el cauce procesal no puede ser el de conflicto colectivo sino el de una pretensión de condena.

El interés defendido se revela pues como de naturaleza plural, entendida como suma de una serie de intereses individuales que conforman un conjunto determinado, pero no como una proyección genérica que lleve a encauzar el procedimiento por los trámites procesales previstos en el artículo 151 de la Ley de Procedimiento Laboral. Pues la referida afectación multipersonal no es indicadora de que el conflicto tenga carácter colectivo, sino que solo destaca su condición plural. A todo ello cabe añadir como consideración de no menor importancia, que al no encontrarse quienes promueven la demanda entre quienes pueden suscitar el proceso de conflicto colectivo, ni poder imponer a quienes sí están legitimados para ello que se proceda a la promoción del conflicto colectivo, negar a los actores la posibilidad de ejercer su derecho a través del procedimiento ordinario, equivaldría a negar la tutela judicial,

consagrada en el artículo 24 de la Constitución, a quienes están accionando en acumulación subjetiva y para la que tienen la pertinente legitimación, tanto en su aspecto “ad processum” para contar con las cualidades necesarias para comparecer en juicio, como “ad causam” o relación directa con lo que es objeto del procedimiento.

CUARTO.-Entrando ya en el examen del fondo del asunto, la primera impugnación que se hace de las bases es la relativa a que en la resolución por la que se convoca el concurso de traslado, se barema el tiempo de permanencia en el puesto de trabajo desde el que se concursa, condicionándolo a que lo haya sido con carácter definitivo.

En relación con ello, ha de señalarse que el artículo 20 del Convenio Colectivo regulador de la provisión de puestos de trabajo, expresa en su número 3º.a) que será criterio de baremación en los concursos de traslado, el tiempo de permanencia en el puesto desde el que se concursa y el artículo 90 que es competencia de la Comisión del Convenio, entre otras, la negociación de las bases de los procesos recogidos en el capítulo VI, relativo a la selección de personal y provisión de puestos. De ambos preceptos se sigue que la consignación de la condición del carácter definitivo del tiempo de permanencia en el puesto de trabajo desde el que se concursa y que se incluye en la resolución de la Consejería, no es requisito que venga impuesto por el Convenio Colectivo, con lo que es un añadido sin apoyatura normativa alguna. Aunque en el preámbulo de la Orden se diga que ha existido previa negociación en la Comisión del convenio, tal negociación no puede extenderse hasta el punto de que vaya más allá de la norma sobre la que se negocia, excediéndose en las facultades que le han sido conferidas, de forma que venga a implantar -con perjuicio, en su caso, de algunos concursantes como los actores cuyo desempeño es con carácter provisional- de un requisito al que ninguna referencia se hace en el precepto normativo del convenio. La negociación ha de realizarse con sujeción al planteamiento de las normas cuya aplicación se negocia, sin que pueda llegar al establecimiento de unos condicionamientos inexistentes con anterioridad.

La distinción que se hace con la cualidad de carácter definitivo en el desempeño del puesto de trabajo, infringe el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación que se expresa en el artículo 9º del Convenio Colectivo para el acceso a los puestos de trabajo públicos. Pues ninguna diferencia puede existir, en lo tocante a la computación de la permanencia en el puesto de trabajo, que derive de si lo ha sido con carácter definitivo o provisional, ya que son las mismas las tareas desarrolladas y la experiencia adquirida. Como así lo pone de relieve las restantes bases del concurso, en cuyo apartado B) se premia la experiencia profesional en la

categoría que se ostente, obtenida por el desempeño de puestos con carácter definitivo o provisional.

Carece pues la distinción controvertida de una justificación razonable, que lleve a aceptar una diferenciación de trato según la cualidad -definitiva o provisional- con que se venga desempeñando el puesto de trabajo, la que no aparece basada en norma alguna y que es contradictoria no solo con el artículo 9º del convenio, sino también con el 14 de la Constitución. Procediendo, en consecuencia, la supresión en las bases del concurso de la mención al carácter definitivo con el que se haya cumplido el tiempo de permanencia en el puesto de trabajo desde el que se concursa.

QUINTO.- En lo tocante a los apartados B) y C) de la base cuarta, de experiencia profesional y antigüedad, pueden examinarse conjuntamente al ser la misma la razón impugnadora, cual es que no debió distinguirse según se hubiere adquirido en puestos de trabajo o en servicios prestadas en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de personal laboral de la Junta de Andalucía o fuera de él, para conceder distinta puntuación.

Los apartados b) y c) del número 3 de artículo 20 del convenio, tras examinar los dos conceptos que ahora se contemplan, se cierran con un párrafo final en el que se dispone que en la convocatoria se determinará la graduación de la puntuación por los conceptos antes expresados, en función del ámbito en el que se hayan prestado los servicios. Lo que deja amplio campo a la negociación en la Comisión del Convenio, para establecer distinto nivel de puntuación según se refiera a estar cubiertos o no por el ámbito de aplicación del convenio. Esta última distinción es la que rechaza la demanda y debe ser Colectivo.

Finalmente y en lo tocante a la letra “Y” como inicial del primer apellido para dilucidar el empate en la puntuación, ha de señalarse que ya el artículo 20.3 del Convenio Colectivo dispone que en caso de empate en la puntuación total para el desempeño, se estará en primer lugar a la permanencia en el puesto y en segundo lugar a la experiencia profesional en la categoría. Tales prescripciones vienen respetadas en la impugnada base sexta del concurso, que establece que en caso de empate en la puntuación total, se estará en primer lugar a las puntuaciones parciales obtenidas en cada uno de los tres apartados del baremo por el mismo orden en que se relacionan y, en segundo lugar, a la antigüedad real en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo.

Con ello se cumple plenamente lo dispuesto en el Convenio, al disponer como primer criterio las puntuaciones parciales obtenidas en cada uno de los tres apartados del baremo por el mismo orden en que se relacionan. Es decir, que primero se computa la puntuación correspondiente al tiempo de

permanencia en el puesto y, en su defecto y de persistir el empate, a la puntuación correspondiente a la experiencia profesional en la categoría que es a lo que se refiere el convenio. Sólo después de tales criterios preferentes y obligados, es cuando se hace referencia, en tercer lugar, a la antigüedad en las Administraciones Públicas del tercer apartado y, luego y en su defecto, a la antigüedad real en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo. Y finalmente como criterio subsidiario decisivo, se hace referencia a la letra “Y” como inicial del primer apellido para dilucidar el empate que no hubiera podido resolverse por los anteriores criterios.

Estas precisiones para caso de desempate que se añaden a las previstas en el convenio, sí entran dentro de las facultades negociadoras en la comisión, habida cuenta del silencio que existe para la persistencia del empate tras los criterios expresados en aquel, sin que estén en contradicción con ni excedan de lo dispuesto en el Convenio Colectivo. De forma que existe objetividad y complementariedad en el señalamiento de las mismas en las bases del concurso ya que la realidad de la vida suele ser más fecunda que las previsiones normativas y podría darse el caso de que, pese a los criterios de desempate que la demanda respeta, se mantuviera el empate. Es entonces como último criterio residual —y es de señalar que la demanda no propone ningún otro para sustituir la designación de la letra— cuando se toma la letra “Y”. Que no es designada arbitrariamente, sino que la toma del resultado de un sorteo destinado a señalar el orden de actuación de los aspirantes a las pruebas selectivas, que se convoquen en cumplimiento de la oferta de empleo público; criterio, por demás, habitual y que a nadie se le ha ocurrido impugnar. Con ello se evita cualquier indefinición, conociéndose ya por los interesados los criterios resolutivos y evitando un indeseable desconocimiento de las bases por las que ha de regularse un concurso de traslado cuando aun no se conocen los participantes, obviando cualquier recelo injustificado de parcialidad, respecto a un empate que ni siquiera se sabe si podrá o no producirse, ni a quienes afectará.

FALLAMOS

Estimamos en parte la demanda formulada por Don Domingo Valle Benavente, Doña Elsa García Navarro, Doña Francisca Marín Siles, Don Javier González de Canales Torralba, Don Joaquín González Espejo, Don José Luís Jurado Herrera, Don José Luis Sánchez Laguna, Doña Maria de los Ángeles Serrano Polo, Doña Maria del Carmen Pérez Galán, Doña Maria del Mar Jiménez Gallardo y Doña Maria del Valle Delgado Palma contra la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía y

declaramos la nulidad parcial de la Orden de 12 de julio de 2004 de dicha Consejería por la que se convoca concurso de traslado entre el personal laboral de carácter fijo o discontinuo incluido en el ámbito de aplicación el Convenio Colectivo del personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía, en lo referente a que ha de suprimirse la mención al carácter definitivo que se hace en el apartado A) de la base cuarta, respecto a la permanencia en el puesto de trabajo desde el que se concursa. Y desestimándola parcialmente absolvemos al organismo demandado de las demás pretensiones deducidas en su contra.

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

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

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

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

“CONCUERDA BIEN Y FIELMENTE CON EL ORIGINAL AL QUE ME REMITO”

Para que así conste a los efectos ordenados, expido y firmo la presente certificación, significando que dicha sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en audiencia pública, el día de su fecha.

En Sevilla a dieciséis de septiembre de dos mil cinco.