



Roj: **STS 1703/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1703**

Id Cendoj: **28079149912018100009**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **02/04/2018**

Nº de Recurso: **27/2017**

Nº de Resolución: **352/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACION núm.: 27/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**PLENO**

**Sentencia núm. 352/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol

D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D<sup>a</sup>. M.<sup>a</sup> Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 2 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, representada y defendida por el Letrado Sr. Ávila Rodríguez, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 22 de junio de 2016, en autos nº 5/2016, seguidos a instancia del Sindicato Confederación General del Trabajo (CGT) y del Secretario General de la Sección Sindical en la Agencia de Medio Ambiente y Agua de la Junta de Andalucía, D. Jose Enrique, contra la Agencia de Medio Ambiente y Agua (AMaYA) de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, las Secciones Sindicales de los Sindicatos CC.OO., U.G.T., C.S.I.F. y U.I.T.A, sobre conflicto colectivo.

Han comparecido en concepto de recurridas la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía, representada y defendida por la Letrada Sra. Reguera Angulo, la Unión General de Trabajadores, representada y defendida por el Letrado Sr. García Ramos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La representación del Sindicato Confederación General del Trabajo (CGT) y del Secretario General de la Sección Sindical en la Agencia de Medio Ambiente y Agua de la Junta de Andalucía, D. Jose Enrique , interpuso demanda de conflicto colectivo del que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla). Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que con estimación de la demanda, se declare el derecho de los trabajadores de AMAYA pertenecientes a personal de Estructura Corporativa cuya relación laboral con la demandada lo es bajo la condición de indefinido no fijo y eventual: ".- A participar en igualdad de condiciones que el personal fijo, y fijo discontinuo en los procesos de promoción y reclasificación profesional que la empresa lleve a cabo de conformidad con lo dispuesto en el art. 18 del Convenio Colectivo de aplicación. Condenando a la AGENCIA DE MEDIO AMBIENTE Y AGUA a estar y pasar por dicha declaración en todas las demás consecuencias inherentes a tal declaración, pues así procede en Derecho y Justicia que pido en Sevilla a 28 de enero 2016."

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda de conflicto colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

**TERCERO.-** Con fecha 22 de junio de 2016 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: «Con estimación de de la demanda presentada por SINDICATO CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (C.G.T) y Secretario General de la Sección Sindical de este Sindicato en la Agencia de Medio Ambiente y Agua de la Junta de Andalucía, Don Jose Enrique , contra la AGENCIA DE MEDIO AMBIENTE Y AGUA (AMAYA) DE LA CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, y en su condición de interesados frente a las secciones sindicales de los Sindicatos CC.00, U.G.T, CSIF y UITA debemos declarar y declaramos el derecho de los trabajadores de AMAYA afectados por el Conflicto Colectivo integrados por el personal de Estructura Corporativa cuya relación laboral con la demandada lo es bajo la condición de indefinido no fijo a participar en igualdad de condiciones que el personal fijo, y fijo discontinuo en los procesos de promoción y reclasificación profesional que la empresa lleve a cabo de conformidad con lo dispuesto en el art. 18 del Convenio Colectivo de aplicación, condenando a la AGENCIA DE MEDIO AMBIENTE Y AGUA a estar y pasar por dicha declaración en todas las demás consecuencias inherentes a tal declaración».

**CUARTO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"1º.- Los trabajadores afectados por el presente Conflicto Colectivo, son aproximadamente doscientos cincuenta, cuyos centros de trabajo se encuentran ubicados en cada una de las provincias de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y todos ellos pertenecen al colectivo de los trabajadores integrados en personal de Estructura Corporativa de la AGENCIA DE MEDIO AMBIENTE Y AGUA (AMAYA) DE LA CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.

2º.- Resulta de aplicación, sin discusión entre las partes, el Convenio Colectivo entre EGMASA y el personal de estructura corporativa, (2006-2009) y al respecto de la aplicación de dicho Convenio Colectivo, la Sala de lo Social de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en autos de Conflicto Colectivo 15/2014, con fecha 30 de julio de 2014 dictó sentencia cuyo fallo es el siguiente: "Estimamos la demanda presentada por Federación Territorial Industria y de los Trabajadores Agrarios de la Unión General de Trabajadores (FITAG-UGT) contra la Agencia de Medio Ambiente y Agua de la Consejería de Agricultura Pesca y Medio. Ambiente de la Junta de Andalucía, CSIF, CC.00, Sindicato Andaluz de Trabajadores (SAT) y Confederación General del Trabajo (CGT), en los presentes autos nº 15/14, de conflicto colectivo, declarando la obligación de la empresa demandada a cumplir, en los términos expuestos, con lo dispuesto en el artículo 18 del convenio colectivo vigente y se ordene a la misma a realizar y culminar en su caso los procedimientos de promoción profesionales, dentro de la Agencia demandada».

Habiendo adquirido firmeza la meritada sentencia, se solicitó ejecución y la Sala de lo Social de Granada dictó resolución en fecha 23 de Junio de 2015 en la que tras los pertinentes razonamientos jurídicos, se acordó lo siguiente en la parte dispositiva: "Que estimando la pretensión deducida por la parte actora se acuerda la ejecución de la sentencia en sus propios términos, procediéndose a la promoción de los trabajadores conforme al art. 18 del Convenio de aplicación, en virtud del cumplimiento de los niveles de desempeño durante los tres últimos años, partiendo del listado elaborado en el año 2011.»

**QUINTO.-** Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía. Su Letrado, Sr. Ávila Rodríguez, en escrito de fecha de diciembre de 2016,



formalizó el correspondiente recurso, basándose en el siguiente motivo: ÚNICO.- Al amparo del art., 207.e) LRJS , por infracción del art. 12.6 del Convenio , art. 3 C.Civil , art. 70 Ley Administración de la Junta de Andalucía , art. 21 Estatutos de AMAYA, el . art. 44 Reglamento Régimen Interior AMAYA .

**SEXTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

**SÉPTIMO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 6 de febrero de 2018. Por providencia de 6 de febrero y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, según lo dispuesto en el art. 197 LOPJ . A tal efecto se suspende el señalamiento acordado para el día 6 de febrero trasladando el mismo para el día 21 de marzo, para cuya fecha se convocará a todos los Magistrados de esta Sala, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate casacional.

#### 1. El Convenio Colectivo cuyo alcance se discute.

A) En el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA) de 22 de marzo de 2006 se publica el Convenio Colectivo de la Empresa de Gestión Medioambiental (EGMASA) y su personal de estructura corporativa. A este colectivo pertenecen quienes (no siendo personal directivo) prestan servicios en las oficinas o centros de trabajo estables, quienes supervisan las diversas actividades y algunos otros grupos análogos. Por el contrario, no afecta a quienes realizan tareas de campo (extinción de incendios, cuidado del medio rural, etc.).

B) El Convenio Colectivo regula en su artículo 10 la clasificación profesional, que contempla los grupos técnico, de gestión y de operaciones.

En el grupo técnico hay tres subgrupos, 1, 2 y base, y dentro de los subgrupos 1 y 2 existen a su vez en cada uno de ellos dos niveles.

En el grupo de gestión hay dos subgrupos, el de oficial de gestión y el de auxiliares de gestión y en cada uno de ellos hay a su vez dos niveles.

Por último, en el grupo de operaciones existen 12 ocupaciones diferenciadas.

C) El artículo 18 regula la "promoción profesional" y se halla en el centro de la controversia. Comienza prescribiendo que "Para la promoción se valorará la acumulación de experiencia, el cumplimiento de objetivos y la formación necesaria; todo ello dentro de un adecuado desempeño". Acto seguido alberga previsiones particulares para cada grupo profesional. De este modo, por ejemplo, para acceder al nivel superior dentro del Grupo Técnico se requiere una previa actividad como "Técnico de Base"; el máximo nivel dentro de este colectivo es el 1 y conseguirlo "requerirá la existencia de vacantes en la organización y la selección mediante convocatoria interna, en la que exclusivamente podrán participar los que reúnan los requisitos" señalados en el convenio (antigüedad, adecuado desempeño y superar un programa formativo).

#### 2. La STSJ Andalucía (Granada) de 30 julio 2014 .

A) La STSJ Andalucía (Granada) 1504/2015, de 30 de julio (proc. 15/2014) resuelve un conflicto colectivo, promovido por el Sindicato Unión General de Trabajadores (UGT), relacionado con el artículo 18 del Convenio Colectivo ya expuesto.

Esta sentencia, firme, explica que no existe norma de clase alguna que restrinja los derechos de los trabajadores a la promoción profesional recogida en el artículo 18, por lo que la cuestión a examinar es determinar el alcance que a dichos efectos impone la Ley de Presupuesto de la Comunidad Autónoma para el año 2014.

Su fallo estimatorio concluye " *declarando la obligación de la empresa demandada a cumplir, en los términos expuestos, con lo dispuesto en el artículo 18 del convenio colectivo vigente y se ordene a la misma a realizar y culminar en su caso los procedimientos de promoción profesionales, dentro de la Agencia demandada* " .

B) Instada su ejecución, la Sala de Granada dicta resolución de fecha 23 de junio de 2015 en la que "acuerda la ejecución de la sentencia en sus propios términos, procediéndose a la promoción de los trabajadores conforme al art. 18 del Convenio de aplicación, en virtud del cumplimiento de los niveles de desempeño durante los tres últimos años, partiendo del listado elaborado en el año 2011".



Planteada la inclusión de los indefinidos no fijos en ese listado, considera el Tribunal que se trata de cuestión no suscitada en el litigio. Por tanto su examen se considera improcedente.

### **3. El presente conflicto colectivo.**

A) Con fecha 5 de febrero de 2016 se presenta la demanda de conflicto colectivo que da lugar a este procedimiento. Está promovido por el Sindicato Confederación General del Trabajo (CGT), en particular por su Secretario de Acción Sindical en la entidad frente a la que se dirige.

El ámbito del conflicto se circunscribe a la Agencia de Medio Ambiente y Agua de la Junta de Andalucía (AMAYA), más en concreto a quienes en ella poseen la condición de indefinidos no fijos. Esta Agencia ha asumido al personal de EGMASA.

De manera literal, la demanda pide que se reconozca el derecho de los trabajadores de AMAYA pertenecientes a personal de Estructura Corporativa cuya relación laboral con la demandada lo es bajo la condición de indefinido no fijo y eventual "a participar con igualdad de condiciones que el personal fijo y fijo discontinuo en los procesos de promoción y reclasificación profesional que la empresa lleve a cabo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Convenio Colectivo de aplicación".

Posteriormente la parte actora desiste de su pretensión respecto de los trabajadores eventuales, por lo que la pretensión acaba afectando solo a los trabajadores indefinidos no fijos que integran el personal de estructura de AMAYA.

B) El escrito promotor del conflicto invoca a favor de su pretensión lo dispuesto en el artículo 18 del convenio colectivo (que no excluye al colectivo de referencia de la promoción profesional), así como los preceptos constitucionales ( art. 35) y legales ( art. 4.2.b ET y 19.1 EBEP ) sobre derecho a la promoción profesional.

Asimismo desarrolla una argumentación basada en el principio de no discriminación, invocando la Directiva 1999/70 y la Jurisprudencia que la aplica.

### **4. Sentencia recurrida.**

A) Con fecha 22 de junio de 2016 la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla) dicta su sentencia 1776/2016 , estimatoria de la demanda. Declara el derecho de los trabajadores de AMAYA afectados por el conflicto, que son los trabajadores de Estructura Corporativa cuya relación laboral es la de indefinido no fijo, a participar en igualdad de condiciones que el personal fijo y fijo discontinuo en los procesos de promoción y reclasificación profesional que la empresa lleva a efecto de conformidad con el art. 18 del Convenio Colectivo de aplicación.

B) Considera que los derechos de los trabajadores indefinidos no fijos se han acabado de nivelar con los fijos a raíz de la STS de 24 de junio de 2014 y otras posteriores.

Además cita doctrina judicial según la cual está justificada la exclusión de los concursos de traslado de los contratados temporales porque sus contratos están vinculados a un determinado puesto de trabajo, pero eso no ocurre con los indefinidos no fijos, que siguen siendo indefinidos no fijos aunque se les traslade a otro puesto de trabajo, por lo que no hay ninguna norma que impida su movilidad ni voluntaria ni forzosa.

C) Asimismo indica que el EBEP establece que el personal laboral tendrá derecho a la promoción profesional sin diferenciar entre indefinidos no fijos y fijos, y que el art. 18 del Convenio tampoco establece exclusión alguna de los indefinidos no fijos por lo que no resulta procedente su exclusión, pues de admitirse se generaría un trato desigual sin justificación objetiva y razonable.

### **5. Recurso de casación.**

Disconforme con el referido fallo, con fecha 5 de diciembre de 2016, el Abogado de la empleadora formula recurso de casación, desarrollado en un único y extenso motivo al amparo del artículo 207.e) LRJS .

Invoca diversas sentencias de esta Sala (en particular las de 24 de junio de 2014 y 7 de octubre de 1996 ), así como preceptos del Convenio Colectivo, del EBEP, de la Ley de Administración de la Junta de Andalucía, de los Estatutos de la Agencia o del reglamento de Régimen Interior. También invoca sentencias del TSJ de Andalucía (Sevilla), de Madrid y de Asturias

### **6. Impugnación e Informe del Ministerio Fiscal.**

A) Con fecha 20 de diciembre de 2016 la Abogada y representante del Sindicato Comisiones Obreras presenta escrito de impugnación al recurso.

Asume los argumentos de la sentencia recurrida, invoca la remisión que el artículo 83 EBEP realiza al convenio colectivo y trae a colación la doctrina del TJUE, en especial en su sentencia de 13 abril 2014 . Asimismo recalca



que la jurisprudencia de la Sala Cuarta (cita la STS de 12 de diciembre de 2008 ) ha restringido las diferencias entre fijos e indefinidos.

B) También el Abogado y representante del Sindicato Unión General de Trabajadores formula su impugnación al recurso, al que tilda de meramente dilatorio.

Recalca que el convenio no excluye de la promoción a los indefinidos y que lo contrario comporta una discriminación.

C) Con fecha 30 de marzo de 2017 la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 214.1 LRJS .

Considera que la interpretación sistemática del convenio conduce a restringir la promoción profesional a quienes poseen la condición de fijos. Asimismo expone que quienes tienen la condición de indefinidos están adscritos a una concreta plaza, por así exigirlo el artículo 15.6 ET en conjunción con el respeto a los principios de mérito y capacidad.

## **SEGUNDO.- Alcance de la casación formulada.**

### **1. La tutela judicial y los requisitos formales para interponer el recurso.**

En STS 26 enero 2016 (rec. 144/2015 ) y las muchas que allí se mencionan hemos recordado cómo siempre que está en juego el acceso a la jurisdicción, los Tribunales vienen obligados a no realizar una interpretación rigorista o formalista de las exigencias legales, permitiendo incluso la subsanación de los defectos no esenciales en que haya podido incurrir la parte. Al mismo tiempo, es claro que los requisitos establecidos por las normas procesales cumplen un importante papel para garantizar derechos ajenos, permitir la contradicción y propiciar una tutela judicial acorde con los trazos del Estado de Derecho.

Esa tensión entre flexibilidad y cumplimiento de lo importante se proyecta de modo específico cuando hay que examinar la concurrencia de los requisitos de un recurso de casación. Por un lado, opera la proyección antiformalista de la tutela judicial, como recalcan las SSTC 3/1983 , 113/1988 , 4/1995 y 135/1998 , entre otras muchas. No debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano; por todas, véanse las SSTC 18/1993 , 37/1995 , 135/1998 y 163/1999 .

Respecto de la casación las exigencias formales adquieren una especial relevancia, pues los requisitos de esta naturaleza parecen consustanciales a ese instituto procesal. Ahora bien, es preciso distinguir entre el rigor formal, que viene exigido o, cuando menos, justificado, por la naturaleza del mismo recurso, y un exceso formalista que no puede cumplir otra función que la de dificultar la utilización del instrumento procesal ( STC 17/1985 ).

Sobre tales bases hemos de abordar el examen de las insuficiencias o anomalías que puedan presentar los escritos del recurso o de su impugnación.

### **2. Alcance del artículo 210 LRJS .**

Con el referido norte interpretativo (hay que respetar las exigencias formales, pero su cumplimiento no puede exigirse de modo exagerado) interesa recordar que el actual art. 210.2 LRJS disciplina el escrito de interposición del recurso, conteniendo las siguientes exigencias:

- 1) Se expresarán por separado cada uno de los motivos de casación.
- 2) Se redactarán con el necesario rigor y claridad.
- 3) Se seguirá el orden de los motivos del artículo 207.
- 4) Hay que razonar la pertinencia y fundamentación de cada motivo.
- 5) Hay que razonar el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas.
- 6) Hay que realizar mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas.
- 7) En los motivos basados en infracción de las normas y garantías procesales, deberá consignarse la protesta, solicitud de subsanación o recurso destinados a subsanar la falta o trasgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello y el efecto de indefensión producido.



8) En los motivos basados en error de hecho en la apreciación de la prueba deberán señalarse de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamenta y el concreto extremo a que se refiere, ofreciendo la formulación alternativa de los hechos probados que se propugna.

### 3. Doctrina de la Sala sobre las exigencias del escrito de interposición del recurso.

De manera uniforme viene llamándose la atención sobre la necesidad de que el escrito que formaliza la casación cumpla con las exigencias procesales de modo razonable. En la STS 1060/2016 de 15 diciembre puede verse un elenco de pronunciamientos desestimatorios del recurso interpuesto por sus defectos.

### 4. Examen del escrito interponiendo el recurso.

A) En su mayor parte, el recurso examinado transcribe pasajes de otras sentencias y preceptos de artículos, sin explicitar un razonamiento acerca del modo en que la sentencia recurrida los vulnera.

Ese defecto del recurso, por sí mismo, no genera su fracaso. Como se ha expuesto, aunque de forma matizada, también aquí hemos de proyectar las garantías de la tutela judicial. Cosa distinta es que el modo en que se articula la casación no sea el más adecuado para combatir la sentencia de instancia. El recurso, en efecto, más bien parece un escrito de apelación, donde se enhebra un discurso para exponer los fundamentos de la propia posición, alejado de lo que se pide a un recurso extraordinario de naturaleza casacional. De hecho, tras resumir los argumentos de la STSJ recurrida afirma que "no puede esta parte quedar conforme con los fundamentos jurídicos declarados" en ella y aborda la tarea de contrarrestarlos pero abandonando las exigencias del artículo 210 LRJS.

Especialmente criticable es la formulación de un único motivo de recurso sin indicar claramente qué preceptos considera infringidos y las razones de ello.

En otros tramos se limita a exponer su argumentación y discrepancia respecto de la resolución recurrida pero, como queda advertido, acudiendo más a un planteamiento propio de una segunda instancia que al específico de la casación.

B) El recurso realiza diversas reflexiones acerca de la naturaleza de los trabajadores indefinidos no fijos, compendiando la jurisprudencia sobre consecuencias de amortización de la plaza o de que la misma sea obtenida por una tercera persona (págs. 6 y 7).

C) No podemos examinar las infracciones de doctrina contenida en sentencias de Tribunales Superiores. Por ejemplo, cuando (págs. 7 y 8 del recurso) extrae las consecuencias de la doctrina sentada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre los indefinidos no fijos ( STSJ Andalucía-Sevilla de 15 febrero 2011 ), cuando afirma la imposibilidad de que concurran a procesos de promoción ( STSJ Madrid 16 marzo 2001 , pág. 11 del recurso) o de que participen en traslados ( STSJ Asturias 8 mayo 2009 , pág. 12 del recurso).

D) Más sentido tiene atender a la infracción de nuestra doctrina, que el recurso denuncia, aunque mezclando lo que en ella realmente se dice con las conclusiones que el recurrente considera que comporta.

Así, la STS 24 junio 2014 (rec. 217/2013 , *Universidad Politécnica* ) ciertamente manifiesta que la relación de estos trabajadores no debe entenderse sujeta a condición resolutoria, sino a término. Pero en ella no se manifiesta "la prohibición de participación de los trabajadores indefinidos no fijos en los procesos de promoción para la cobertura interna de vacantes".

Por cierto, que acto seguido de invocar esa doctrina sobre contratación sujeta a término, sin embargo, el recurso habla de la sumisión a condición resolutoria.

E) La mención a la doctrina contenida en STS 16 abril 2013 (rec. 64/2012 ) sobre primacía de la Ley sobre el convenio persigue explicar que aunque el convenio permitiera a los indefinidos no fijos participar en la promoción interna ello sería contrario a la Ley. Es aquí donde cita diversos preceptos sobre necesidad de atender a los principios de igualdad, mérito o capacidad.

Pero la primacía de la Ley no se discute en el presente caso, sino que se trata solo de precisar si el ordenamiento jurídico impide, permite o exige que los indefinidos no fijos participen en el proceso de promoción, cosa que el convenio colectivo no resuelve de modo expreso.

F) Finalmente, el recurso invoca la doctrina contenida en la STS 3 mayo 2006 (rec. 1819/2005 ), que cita otras varias asimilando el indefinido no fijo al interino por vacante y rechaza que puedan acceder a la situación de excedencia voluntaria "porque la relación de éste está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa".



F) En resumen: la casación formalizada adolece de diversos defectos que nos llevan a poder examinar solo una cuestión: la de si el personal afectado por el conflicto (que ha visto reconocida su condición de indefinido no fijo mediante sentencia judicial) está vinculado exclusivamente a una plaza o puesto de trabajo.

Puesto que esta Sala no puede elaborar el recurso (máxime, al tratarse de uno extraordinario) y en el mismo solo se plantea con el rigor exigible la infracción de jurisprudencia conforme a la cual el personal indefinido no fijo está vinculado a una concreta plaza y la colisión del convenio con los principios de acceso al empleo público, esos son los dos aspectos que debemos examinar.

Esta conclusión, en lugar de proceder a la directa desestimación del recurso por deficiencias formales, deriva del entendimiento flexible de las exigencias formales que venimos admitiendo. También del hecho de que tanto quienes han impugnado el recurso cuanto el Ministerio Fiscal han entrado a debatir sobre esos temas, sin queja sobre indefensión.

### **TERCERO.- Doctrina de la Sala sobre vinculación a una concreta plaza del personal indefinido no fijo.**

La categoría de trabajadores indefinidos no fijos, como tantas veces se ha explicado, vino a resolver una compleja concurrencia de preceptos: los que abocan a declarar la fijeza del contrato de trabajo y los que exigen respeto a principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad) para acceder a un empleo fijo en el sector público.

El legislador se ha hecho eco de ella de modo tan impreciso como polémico en el EBEP (pues realmente se quiso contemplar el supuesto del profesorado de Religión, pero sin especificarlo en el texto normativo) y en el ET (Disposición Adicional 15<sup>a</sup>: " *el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo* ").

Para resolver el recurso, como queda expuesto, se hace preciso comenzar recordando la doctrina de esta Sala Cuarta acerca de la adscripción de la persona indefinida no fija a una concreta plaza.

#### **1. Evolución doctrinal.**

A) Lleva razón el recurso cuando expone que la doctrina de esta Sala ha vinculado el trabajo del indefinido no fijo a un concreto puesto de trabajo. Fiel exponente de ello es la citada STS 3 mayo 2006 (rec. 1819/2015) sobre si un trabajador que tiene reconocida la condición de indefinido no fijo y que se encuentra legalmente en situación de incompatibilidad, como consecuencia de su nombramiento como funcionario interino, tiene derecho a obtener la excedencia voluntaria. Negándolo, en ella se expone lo siguiente:

*La expresión trabajadores indefinidos debe entenderse aquí referida a los trabajadores fijos sin incluir a los trabajadores indefinidos no fijos, que no pueden participar en estos concursos, pues ello sería contrario no sólo a la delimitación jurisprudencial de esta categoría, sino a los preceptos legales y constitucionales que regulan el acceso al empleo público sea funcional o laboral ( artículos 14 y 103. 3 de la Constitución y artículo 19 de la Ley 30/1984 .*

B) Sin embargo, también hay que recordar las obligaciones que pesan sobre la entidad empleadora cuando surge esta figura que, aunque posea denominación propia o mención legal, no es sino el reflejo de una previa anomalía. Así por ejemplo, en numerosas ocasiones (por todas SSTS 20 enero 1998, rec. 1112/1997 y 27 marzo 1998, rec. 295/1997 ) se dice:

*El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal su no sometimiento, directa o indirectamente, a un término, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijo de plantilla incompatible con las normas legales sobre reclutamiento de personal fijo en las Administraciones públicas. En virtud de éstas, el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza con una adscripción definitiva del puesto ocupado; antes al contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida ésta en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el vínculo.*

C) La construcción en estudio implica que el contrato declarado como indefinido no fijo (por sentencia judicial, en el caso que ahora examinamos) es calificado como contrario a Derecho desde la perspectiva de su temporalidad.

De ahí surge una importante consecuencia: la entidad empleadora debe proveer la plaza ocupada a través de los cauces pertinentes; en caso contrario, debiera proceder a su amortización. Cuanto más tiempo persista la plaza sin ser convocada mayor es el incumplimiento del empleador. La STS 30 mayo 2007 (rec. 5315/2005 ), resume el parecer de la jurisprudencia:



*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 -lo que en el caso de discontinuos contratados con la plantilla completa, como ocurre en este caso se reconducen a la posibilidad de acordar su ampliación- y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato.*

D) Durante una larga etapa la doctrina vino asimilando el régimen jurídico de estos contratos al de las interinidades por vacante. Sin embargo, lo cierto es que en esta modalidad contractual hay que acotar, desde la propia génesis del contrato, el concreto puesto de trabajo que va a desarrollarse mientras que cuando se declara como indefinida no fija a una persona no es necesario que ocupe una concreta plaza. De ahí la exigencia de que para su extinción no baste con la convocatoria de una vacante similar, sino que es necesario acreditar la exacta identificación de la plaza ofertada y su concordancia con la ocupada por la persona que presta su actividad como indefinida.

Estas consideraciones han hecho que nuestra doctrina avance en varias direcciones: abandonando la construcción de la condición resolutoria, exigiendo la aplicación de los mecanismos propios del despido objetivo (o colectivo) cuando se amortizan plazas ocupadas por este personal, reconociendo el derecho a indemnización cuando el vínculo termina por acceder a la plaza quien la ha obtenido tras las pertinentes pruebas y admitiendo cierta flexibilidad funcional o movilidad interna.

E) En esta dirección, la STS 24 junio 2014 (rec. 217/2013 , *Universidad Politécnica* ) proclama expresamente el cambio de doctrina respecto de lo sostenido hasta el momento y expone lo siguiente:

*De lo expuesto se deriva que nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada pero en el que consta que el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla ( artículo 4-2 del R.D. 2720/1998 ). Obsérvese que ni la norma, ni el contrato contemplan otra causa de extinción del mismo y que, cual se dijo antes no estamos ante un contrato sujeto a condición resolutoria, sino ante un contrato cuya duración está sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando se trata de vacantes que deben ser objeto de oferta de empleo público ( art. 70 del E.B.E.P. ).*

La STS 21 julio 2016 (rec. 134/2015 , *ADIF* ) aborda la validez de una convocatoria de traslados que excluye al personal indefinido no fijo, pese a que en el convenio colectivo nada se dispone al respecto. Se trata de supuesto análogo al presente, por lo que posee gran relevancia recordar lo allí expuesto:

*La diferencia pues entre 'indefinido no fijo' y 'fijo' puede estar, en su caso -se insiste- en la causa de extinción del vínculo contractual. Sin embargo, durante la vigencia del vínculo, el trabajador 'indefinido no fijo', no puede ver mermado ningún derecho laboral o sindical por el mero hecho de ostentar dicha condición. A este respecto conviene recordar, que el artículo 15.6 ET [...]. Esta protección -y por ende prohibición en su caso de establecer preceptos convencionales contrarios al sentido de la norma estatutaria- resulta sin duda de aplicación -con mayor razón si cabe- a los denominados trabajadores 'indefinidos no fijos'*

Asimismo, en esa línea crítica hacia algunos contornos originarios de la categoría en estudio, la STS 97/2017 de 2 de febrero (rec. 53/2015 , *RTV de Andalucía* ) examina el alcance de una convocatoria de cobertura de plazas y explica lo siguiente:

*No podemos obviar el hecho de que estamos ante la situación de quien posee la condición de indefinido no fijo, y no está cubriendo necesariamente una particular vacante, pues la naturaleza de su relación se ha generado por la irregularidad de su contratación, sin vinculación directa y expresa con una plaza pendiente de cobertura. Estamos, por tanto, ante un supuesto en que la falta de identificación de la plaza no sólo se da respecto de la convocatoria para su cobertura, sino también respecto de la situación de la trabajadora, de la cual sólo se acredita que presta servicios en determinada categoría profesional y centro de trabajo.*

*Y, ciertamente, llegados a este punto, las circunstancias en que se inserta el litigio permiten sostener que, dada la referencia genérica en la convocatoria, no existen garantías para considerar que el puesto de trabajo de la actora quedaba claramente afectado. No podemos afirmar que la superación del concurso por otro trabajador implicara cubrir una plaza que estuviera ocupada por la actora.*

## **2. Consideraciones específicas.**

A) En el estado actual de nuestra jurisprudencia, aunque subsisten ciertas indefiniciones, ya no puede afirmarse tajantemente que quien posee la condición de indefinido no fijo siempre viene adscrito a una concreta plaza en las mismas condiciones que quien ha sido contratado para una interinidad por vacante.



En particular, la STS 21 julio 2016 (rec. 134/2015 , ADIF ) contiene un criterio favorable a que el indefinido no fijo participe en concursos de movilidad interna y la STS 97/2017 de 2 de febrero (rec. 53/2015 , RTV de Andalucía ) advierte que estas personas pueden no estar adscritas a una plaza concreta.

A diferencia de lo que ocurre con el contrato de interinidad por vacante, pensamos que en el indefinido no fijo la vinculación no se establece normal y necesariamente con un puesto de trabajo concreto. Por tanto, no podemos apreciar que la sentencia recurrida haya incurrido en infracción de la jurisprudencia.

B) Cosa distinta es que pueda pensarse en algún determinado supuesto en el que la adscripción a plaza individualizada sea innegable y necesaria pero ahora estamos resolviendo un caso que afecta a un amplio número de personas y que posee una base fáctica procesalmente depurada, sin que proceda acudir a hipótesis o imaginar casos en que existan circunstancias especiales.

La desvinculación (o la vinculación) solo puede apreciarse respecto de los concretos casos suscitados y el ámbito del conflicto colectivo es inadecuado a tales efectos, del mismo modo que sucede con la exclusión genérica e incondicionada adoptada por la empleadora. En tal análisis, por descontado, juega un papel relevante la causa o motivo por la que el vínculo laboral deba considerarse como indefinido no fijo; no es lo mismo una contratación temporal más allá de las previsiones normativas que una desnaturalización del contrato como consecuencia de la actividad desarrollada, por ejemplificar.

C) Como apunta la sentencia recurrida, entendemos que la mayoría de veces la propia existencia de un trabajador indefinido no fijo revela la existencia de un empleo adicional a los previstos en su organigrama, por lo que se requiere la activación de un procedimiento selectivo de ingreso para su cobertura.

A diferencia de lo que sucede con las interinidades puras (la desconexión de la plaza desempeñada genera su desnaturalización como contrato temporal), pensamos que en el ámbito del personal afectado por este conflicto sí puede cambiarse de destino y mantener su naturaleza como indefinido no fijo. "El trabajador indefinido no fijo trasladado sigue siendo indefinido no fijo y no se convierte en un trabajador fijo de pleno Derecho por el mero hecho del cambio de puesto de trabajo", razona la sentencia recurrida.

D) Pese a lo manifestado por el Ministerio Fiscal, no es necesario adoptar una tesis pura acerca de si el carácter indefinido se debe predicar de la plaza desempeñada (criterio orgánico) o de la propia persona (criterio subjetivo).

Si bien se piensa, la temporalidad que nuestras Leyes regulan (y admiten) va referida al negocio jurídico que discurre entre empleador y empleado. Es el contrato de trabajo temporal el que se desnaturaliza y transforma en uno de duración indefinida cuando se incumplen determinadas exigencias normativas, no el puesto de trabajo, ni la persona afectada; por descontado, esa novación posee efectos reflejos en la organización empresarial (la RTP) y en quien presta su actividad (el trabajador, que también puede lucir su condición de "indefinido no fijo").

Lo mismo cabe decir respecto de otras eventuales causas por las que se acceda a la cualidad de referencia, comenzando por la contratación originariamente fraudulenta.

### **3. Conclusión parcial sobre nuestra doctrina.**

De cuanto antecede cabe concluir que en el estado actual de nuestra doctrina no puede afirmarse que la sentencia recurrida haya infringido la misma.

La figura del indefinido no fijo tiende a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del trabajador fijo, sin perjuicio de que la plaza que ocupe (al margen del reflejo que ello posea en la RPT) deba ser objeto de amortización (previo cumplimiento de los trámites del despido objetivo o colectivo) o de convocatoria (abocando, en su caso, a la extinción indemnizada del contrato).

## **CUARTO.- Sujeción del convenio colectivo al EBEP y al ET.**

### **1. Términos del debate casacional.**

A) Como queda dicho, el recurso de casación sugiere que la sentencia recurrida ha interpretado de modo erróneo el convenio colectivo de referencia. Considera que siendo ahora el empleador un ente de naturaleza pública hay que dar preferencia a las normas del EBEP. Es decir, el recurrente entiende que cuando se negoció el convenio (para EGMASA) los presupuestos eran diversos de los posteriores, cuando es AMAYA (ente de Derecho Público) quien actúa como empleadora.

B) El Informe del Ministerio Fiscal, quizá yendo más allá de los términos del recurso y contradiciéndolo en parte, se esfuerza en demostrar que la interpretación del convenio aboca a su exclusiva aplicación a quienes



poseen la condición de fijos. Para ello realiza una contextualización del artículo 18 con los precedentes y en relación con las previsiones de acceso al empleo público.

C) Por su lado, los impugnantes al recurso ponen de relieve la necesidad de aplicar la no discriminación, invocando argumentos de Derecho Comunitario.

## 2. Consideraciones generales.

Si bien se mira, el recurso acepta que del convenio colectivo puede derivar el derecho reclamado, pero lo explica porque fue negociado por un sujeto empleador de naturaleza diversa al que ahora debe aplicarlo y la empleadora demandada (AMAYA) sí viene sujeta a las exigencias del EBEP sobre acceso al empleo público. Así las cosas, carece de sentido adentrarnos en una exégesis hermenéutica del convenio colectivo, por varias razones.

Primero, porque el recurrente acepta que los propios términos del convenio no son excluyentes y reconduce el problema al de su compatibilidad con las exigencias legales.

Segundo, porque nuestra doctrina asigna habitualmente un valor presuntivamente acertado a la interpretación que los órganos de instancia hayan asumido respecto del alcance del convenio colectivo. La intermediación y valoración conjunta de la prueba con que se dicta la sentencia por parte del *iudex a quo* se encuentran en la base de tal criterio. Las apreciaciones sobre el sentido y contenido de los pactos colectivos que efectúan los tribunales de instancia han de ser mantenidas salvo que resulten manifiestamente erróneas o contrarias a las disposiciones legales de los artículos 1281 y siguientes del Código Civil. Y en el presente caso no apreciamos ausencia de razonabilidad en los argumentos acogidos por la sentencia recurrida.

Tercero, porque fuere cual fuere la conclusión interpretativa asumida habría que contrastarla con el resultado de combinar el convenio colectivo con las normas que conceden o limitan los derechos del colectivo afectado.

## 3. El derecho a la promoción profesional de los trabajadores indefinidos no fijos.

A) Comencemos aclarando que la equiparación entre indefinidos no fijos y temporales a que se ha apuntado en alguno de los escritos procesales resulta perfectamente explicable desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea (UE).

La Directiva 1999/70, sobre empleos de duración determinada, garantiza la no discriminación entre los trabajadores de duración determinada y los fijos comparables, entendiendo por los primeros aquellos cuya vinculación profesional incorpora una finalización determinada por condiciones objetivas (fecha, realización obra o servicio, hecho o acontecimiento). La equiparación de derechos se edifica desde la dicotomía conceptual apuntada; desde tal perspectiva se comprende que a quienes son indefinidos no fijos se les considere como temporales, puesto que de ese modo se permite el contraste (con quien sea *comparable*) y queda garantizada la equiparación de derechos.

Por tanto, afirmar que la transformación o el cambio de denominación no puede afectar a sus garantías como trabajadores temporales (por ejemplo, ATJUE de 11 de diciembre de 2014, C-86/14, *León Medialdea*) en modo alguno significa que deban ser tratados (*in peius*) como los trabajadores temporales, sino, por el contrario, que también a ellos se les debe extender la regla de equiparación de derechos en todo aquello que sea posible.

B) El artículo 15.6 ET equipara los "derechos" de ambos colectivos, salvo en materia de extinción contractual, materia ajena a este conflicto.

Con menor intensidad, la Directiva 1999/70 preconiza la igualdad en las "condiciones de trabajo". Entre éstas aparecen, por ejemplo, las que afectan al salario o a las funciones (STJUE de 11 de noviembre de 2015, C-422/14, *Pujante Rivera*) y a la promoción interna (STJUE de 8 de septiembre de 2011, C-177/10, *Rosado*).

Por lo tanto, la no discriminación entre indefinidos no fijos y fijos es el punto de partida para abordar la cuestión.

C) No resulta compatible con el artículo 14 CE un tratamiento -ya sea general o específico en relación con ámbitos concretos de las condiciones de trabajo- que "configure a los trabajadores temporales como colectivo en una posición de segundo orden en relación con los trabajadores con contratos de duración indefinida" (STC 104/2004, de 28 de junio, FJ 6). Así, no es dable identificar a estos últimos como los que tienen un "estatuto de trabajador pleno" en la empresa, en contraposición a los primeros, entendidos como aquellos que poseen un "estatuto más limitado o incompleto", siendo claro que "tanto unos como otros gozan de la fijeza que se deriva de las estipulaciones de su contrato de trabajo respecto de su duración y de las disposiciones legales que regulan sus causas de extinción, y que tanto unos como otros pertenecen durante la vigencia de su contrato a la plantilla de la empresa para la que prestan sus servicios, sin que resulte admisible ninguna diferencia de tratamiento que no esté justificada por razones objetivas" (STC 104/2004, de 28 de junio, FJ 6).



En otras palabras, la modalidad de la adscripción temporal o fija a la empresa no puede, por sí misma, justificar el distinto tratamiento de esos dos grupos de trabajadores, ya que su impacto o resultado destruye la proporcionalidad derivada de la duración de los respectivos contratos, y haría de peor condición artificialmente a quienes ya lo son por la temporalidad de su empleo ( STC 177/1993 , de 31 de mayo , FJ 3). En suma, cualquier excepción al criterio de igualdad expuesto, entre los trabajadores con contratos de duración determinada y los trabajadores fijos comparables, debe estar fundada en razones objetivas.

D) Uno de los derechos básicos de todo trabajador es el de su promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad ( art. 4.2.b ET ).

Por su lado, el artículo 14.c) EBEP dispone que los empleados públicos tiene derecho a la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación. Por tanto, solo en la medida en que la participación en este tipo de procesos vulnere los referidos principios habría que excluir de ellos al colectivo afectado por el conflicto.

No vemos en el recurso, ni adivinamos, argumento alguno más allá del referido a la adscripción al concreto puesto de trabajo, que pueda oponerse al ejercicio de ese derecho.

E) El artículo 83 EBEP dispone que la provisión de puestos y movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera. Asimismo, el artículo 19 EBEP reconoce el derecho del personal laboral a la promoción profesional (apartado 1), especificando que ello se hará efectivo a través de los procedimientos previstos en el estatuto de los Trabajadores o en los convenios colectivos.

Pues bien: en nuestro caso lo que se pide por los trabajadores y se niega por la recurrente es, justamente, que se apliquen las previsiones del convenio colectivo. Y dicho queda que ni en él se excluye a quienes poseen la condición de indefinidos no fijos, ni consideramos irrazonable la interpretación inclusiva.

De ahí que no veamos inconveniente en admitir que el indefinido no fijo pueda participar en este tipo de concursos, conservando dicha condición en el nuevo destino y sin que el cambio de destino transforme su naturaleza y lo convierta en fijo de pleno Derecho.

F) La dicción de la Disposición Adicional 15ª ET sobre permanencia en "el puesto de trabajo" bien puede concordarse con todo lo anterior, simplemente acomodando el "puesto de trabajo" al desempeñado en el momento en que se produce una convocatoria de plazas.

G) La solución que abrazamos en modo alguno ignora las exigencias constitucionales (y legales) de acceso a los empleos públicos. De ahí las cautelas que hemos venido introduciendo sobre imposibilidad de que la promoción interna se convierta en un modo de eliminar la sujeción del vínculo laboral a término. De ahí también que reafirmemos la necesidad (auténtica obligación) de que el empleador proceda, cuanto antes, a la amortización o convocatoria pública de las plazas desempeñadas por este tipo de trabajadores.

El propio Tribunal Constitucional admite que quienes desempeñan una plaza en régimen de interinidad pueda permutarla, para así favorecer la conciliación de la vida familiar, incluso contra la previsión expresa del convenio colectivo ( STC 149/2017 de 18 diciembre). Primero, porque así se favorece la efectividad de un principio constitucional ( art. 39.3 CE : asistencia y cuidado de los padres a sus hijos). Segundo porque la temporalidad no puede constituir un factor de discriminación. Tercero, porque el cambio de los puestos no supone variación alguna en cuanto a la calificación jurídica de los contratos.

Tal doctrina, con mayor razón puede operar en casos como el presente, donde el convenio colectivo alude genéricamente a los trabajadores, porque: 1º) Se trata de favorecer el ejercicio de un auténtico derecho constitucional ( art. 35.1 CE : la promoción a través del trabajo). 2º) Estamos ante personas que poseen una situación más consolidada que el resto de empleados temporales y que incluso pueden estar "flotantes", sin adscripción a puesto concreto. 3º) La sentencia de instancia y nuestras consideraciones también insisten en que la promoción profesional, aunque comporte cambio de destino funcional, no altera la naturaleza del contrato de trabajo.

Además, la citada STC 149/2017 de 18 diciembre sale al paso de la argumentación conforme a la cual el personal interino por vacante, por definición, ocupa una plaza vacante, sin que pueda pretender ocupar otra plaza que no sea la identificada en el contrato", sino que la concesión de la permuta supondría una irregularidad reglamentaria en la medida que se permitiría ocupar a un "temporal" una plaza distinta a la determinada en el



contrato de interinidad, impidiendo a un "fijo" la cobertura de la vacante generada. Una argumentación similar a la desarrollada por el Ministerio Fiscal y la Agencia recurrente.

H) Que cerca de 250 personas (HP Primero) puedan quedar privadas de su derecho a la promoción profesional, al parecer durante muchos años, como consecuencia de la pasividad del empleador (que ni amortiza ni convoca sus plazas) constituye un resultado contrario al derecho (constitucional y legal) a la promoción profesional, casa mal con la equiparación de derechos a que debe tenderse entre los colectivos de referencia y no encuentra amparo en nuestra actual doctrina, partidaria de equiparar el respectivo estatuto en todo aquello que no sea la específica causa extintiva ya mencionada.

I) Digamos también, en apoyo de tal conclusión que la ausencia de una regulación expresa sobre los derechos de este colectivo aconseja, mientras subsista, su equiparación en derechos y condiciones con el personal fijo. Eso es lo que exige el artículo 15 ET respecto del personal temporal y es obligado aplicarlo también en nuestro caso, pues la categoría conceptual de referencia surge para mejorar la posición respecto de los empleados temporales. Eso es también lo que exige el Derecho de la UE.

Lo anterior deja a salvo las particularidades específicas en materia de extinción que inciden en esta figura contractual y aquellos otros aspectos en los que concurra una justificación objetiva del trato diferencial respecto de los trabajadores fijos.

#### **QUINTO.- Resolución.**

De las previas consideraciones se desprende que resulta incluso indiferente el propósito que los negociadores del convenio hubieran albergado al negociarlo. La equiparación de derechos y la ausencia de una justificación objetiva bastante impediría la exclusión que AMAYA postula.

Cuanto llevamos expuesto aboca a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia recurrida. Interesa recordar que en ella se advierte que la condición de quien pueda participar en esas convocatorias no se verá alterada en caso de obtener éxito. Se trata de una reflexión importante. De este modo, si en algún concreto caso la obtención de la plaza pretendida comportase la transformación del vínculo indefinido no fijo en otro dotado de fijeza habría que rechazarla. Pero ni tal supuesto ha quedado acreditado, ni un conflicto colectivo parece el marco adecuado para plantear supuestos específicos.

Asimismo, aunque no trasciendan al fallo, debe advertirse sobre las importantes cautelas que en fundamentos precedentes hemos incorporado para evitar que por esta vía se alcancen resultados indebidos. La promoción profesional reclamada ha de reconocerse pero solo cuando su consecución se considere posible sin alterar la naturaleza (indefinida no fija) de la relación laboral, lo que requiere un análisis individualizado.

Los artículos 235.1 LRJS ( *La sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social* ) y 235.2 LRJS ( *la regla general del vencimiento establecida en el apartado anterior, no se aplicará cuando se trate de proceso sobre conflicto colectivo en el que cada parte se hará cargo de las costas causadas a su instancia. Ello no obstante, la Sala podrá imponer el pago de las costas a cualquiera de las partes que en dicho proceso o en el recurso hubiera actuado con temeridad o mala fe*) conducen a que la desestimación del recurso de casación no vaya acompañada de la imposición de costas.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, representada y defendida por el Letrado Sr. Ávila Rodríguez.

2º) Declarar la firmeza de la sentencia 1776/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 22 de junio de 2016 , dictada en autos nº 5/2016, seguidos a instancia del Sindicato Confederación General del Trabajo (CGT) y del Secretario General de la Sección Sindical en la Agencia de Medio Ambiente y Agua de la Junta de Andalucía, D. Jose Enrique , contra la Agencia de Medio Ambiente y Agua (AMAYA) de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, las Secciones Sindicales de los Sindicatos CC.OO., U.G.T., C.S.I.F. y U.I.T.A, sobre conflicto colectivo.

3º) No realizar imposición de costas a la parte vencida, ni adoptar medida especial alguna en relación con depósitos o consignaciones.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego D<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Luz Garcia Paredes

### VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Angel Blasco Pellicer A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN N<sup>o</sup> 27/2017, AL QUE SE ADHIEREN LAS EXCMAS. SRAS MAGISTRADAS D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea Y D<sup>a</sup>. M.<sup>a</sup> Luz Garcia Paredes Y EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Luis Fernando de Castro Fernandez.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) formulo Voto Particular a la sentencia dictada por la Sala en el recurso de casación n<sup>o</sup> 27/2017 para exponer la posición que mantuve en la deliberación del recurso, posición que sostenía la admisión del recurso con la consiguiente casación de la sentencia recurrida y desestimación de la demanda.

Con la mayor consideración y respeto a las argumentaciones y al fallo de la mayoría, reflejados en la sentencia de la que discrepo, expongo las consideraciones jurídicas que fundan este Voto Particular:

**PRIMERO.-** La demanda origen de las presentes actuaciones formulada por CGT terminaba suplicando se declarase "el derecho de los trabajadores de AMAYA (Agencia de Medio Ambiente y Agua de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía) pertenecientes a personal de Estructura Corporativa cuya relación laboral con la demandada lo es bajo la condición de indefinido no fijo y eventual: a participar en igualdad de condiciones que el personal fijo y fijo discontinuo en los procesos de promoción y reclasificación profesional que la empresa lleve a cabo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del convenio colectivo de aplicación".

La sentencia recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede de Sevilla- estimó la demanda en lo referente al personal indefinido no fijo y, en su parte dispositiva, declaró "el derecho de los trabajadores de AMAYA afectados por el Conflicto Colectivo integrados por el personal de estructura corporativa cuya relación laboral con la demandada lo es bajo la condición de indefinido no fijo a participar en igualdad de condiciones que el personal fijo, y fijo discontinuo en los procesos de selección que la empresa lleve a cabo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Convenio de aplicación". Respecto de dicho fallo conviene hacer las siguientes precisiones:

a) Que por el camino se quedó el personal eventual: la demanda solicita que a tal personal también se le reconozca el derecho a participar en igualdad de condiciones que el personal fijo, y fijo discontinuo en los procesos de selección que la empresa lleve a cabo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Convenio de aplicación. La razón de la exclusión del personal eventual la explica la fundamentación jurídica de la sentencia en estos términos: "En este sentido hay que recordar que la regulación de la provisión de puestos de trabajo (como algo completamente distinto al acceso al empleo público), contenida en los artículos 78 a 84 de la Ley 7/2007, comienza por establecer como principios aplicables los de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (artículo 78), análogos por tanto a los aplicables en el caso de los procedimientos selectivos de ingreso al empleo público por mandato constitucional. Si en un procedimiento de traslado se introduce una desigualdad entre colectivos de trabajadores, la misma debe estar justificada de manera proporcionada y razonable. Desde este punto de vista está justificada la exclusión de los concursos de traslado de los contratados temporales, puesto que, como hemos visto, su contrato de trabajo está vinculado a un determinado puesto de trabajo y si se produce la desvinculación con ello se afecta a la propia naturaleza temporal del mismo". La referencia a los traslados -copia de otra sentencia- se equipara a la promoción interna.

b) Que la razón expuesta no sirve para la sentencia recurrida, ni para la nuestra, en el supuesto de los indefinidos no fijos. Para tal tipo de trabajadores, la sentencia recurrida considera que "no resulta en absoluto adecuada a derecho la expulsión de los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo de los procesos de promoción y clasificación profesional que la empresa demandada lleve a cabo, y de admitirse se generaría



un trato desigual sin una justificación objetiva y razonable que daría lugar a desigualdades artificiosas que no superarían el mínimo juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada y el resultado producido".

**SEGUNDO.-** La sentencia de la que discrepo asume íntegramente el planteamiento de la recurrida y añade diversos y fundados argumentos que descansan en la idea de que la figura del indefinido no fijo "tiende a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del trabajador fijo, sin perjuicio de que la plaza que ocupe (al margen del reflejo que ello posea en la RPT) deba ser objeto de amortización (previo cumplimiento de los trámites del despido objetivo o colectivo) o de convocatoria (abocando, en su caso, a la extinción indemnizada del contrato)". Discrepo abiertamente de esa pretendida aproximación. Una cosa es que el ordenamiento jurídico garantice un elevado nivel de igualdad en las condiciones laborales de los distintos tipos de trabajadores y otra muy diferente que pueda asimilarse la condición de trabajador fijo de la Administración con la figura del indefinido no fijo, de creación estrictamente jurisprudencial, que no cuenta normativamente ni con una definición legal ni con un régimen jurídico que ha tenido que ir creando esta Sala pero que, en modo alguno puede llegar al punto de asimilar ambas figuras y reconocerles igualdad absoluta de derechos. Se quiera o no el indefinido no fijo es un contrato sujeto a término de suerte que, cuando la vacante que ocupe sea amortizada u ocupada por otra persona a través del correspondiente concurso en el que se garanticen los principios de igualdad capacidad y mérito, el contrato deberá ser extinguido por el procedimiento y con las consecuencias legales que esta Sala ha ido perfilando desde que configuró tal figura y que, en la actualidad, se contemplan en las SSTs de 24 de junio de 2014, rec. 217/2013, entre otras, para el supuesto de amortización de la plaza ; y de 28 de marzo de 2017, rec. 1664/2015 , para el supuesto de cobertura reglamentaria de la vacante.

**TERCERO.-** La sentencia recurrida, confirmada por la mayoría, sostiene que el personal indefinido no fijo solamente se diferencia del personal fijo de pleno derecho en que la pervivencia de su contrato (que por lo demás lo es por tiempo indeterminado) está condicionada a la cobertura legal de la plaza de la correspondiente categoría o grupo profesional. Por consiguiente cualquier diferencia que pueda introducirse entre ambos grupos de trabajadores que no guarde relación proporcionada con esta concreta e importante diferencia entre ambos sería contraria a los artículos 9.3 y 14 de la CE .

Discrepo totalmente de tal afirmación por inexacta e incompleta. Junto a la expuesta, hay una diferencia mucho más trascendente que afecta a la propia existencia del indefinido no fijo y que consiste en que éste tipo de personal está prestando servicios en el ámbito público sin haber ingresado a través de un procedimiento en el que se hayan garantizado los principios de igualdad capacidad y mérito, tal como exigen expresamente los artículos 23.2 y 103.3 CE . El indefinido no fijo lo es porque su ingreso en la Administración o en la empresa pública se ha producido, fraudulenta o lícitamente, sin haberse seguido un proceso selectivo para su incorporación basado en los constitucionales principios de igualdad, capacidad y mérito. Y esa diferencia ontológica es lo que permite distinguirlo del fijo y del eventual y resulta ser la característica principal que explica que su contrato esté sometido a término y que, a diferencia, del personal fijo, pueda extinguirse por cobertura o desaparición de la plaza que ocupa.

**CUARTO.-** El artículo 18 del Convenio de aplicación, dentro del capítulo III del Convenio dedicado a "Provisión de vacantes. Ingreso y promoción. Estabilidad en el empleo" regula un sistema de provisión de vacantes, de suerte que a su través, mediante el correspondiente concurso de promoción interna, el personal que ya está en la empresa puede acceder a un puesto de trabajo estable de superior categoría. Por ello, en decisión no discutida, la sentencia de instancia entiende, adecuadamente, que en tales concursos de promoción interna no puede participar el personal temporal.

La misma razón resulta aplicable al personal indefinido no fijo, puesto que si se admite su participación en un concurso para ocupar vacantes estables mediante el sistema de promoción interna se está desnaturalizando la propia figura contractual de suerte que unos trabajadores con contrato sometido a término ligado a la amortización o a la cobertura legal de la plaza que ocupan, habrán pasado a ocupar una plaza estable y consolidada mediante un sistema de promoción interna y, consecuentemente, tal plaza no volverá a ser objeto de concurso, con lo que habrán logrado *de facto* una absoluta equiparación a los trabajadores fijos sin haber superado pruebas objetivas de ingreso que respeten los aludidos preceptos constitucionales.

No se comprende el porqué para la sentencia recurrida y, consiguientemente, para la nuestra la eventualidad resulta ser un factor objetivo y razonable que justifica la exclusión de los concursos de promoción interna del personal eventual y, paralelamente, el hecho de haber ingresado en la empresa sin sujetarse a los principios constitucionales de capacidad, mérito o igualdad no puede ser considerado como una circunstancia objetiva y razonable que apoye lícitamente la exclusión del personal indefinido no fijo del concurso de promoción interna y excluya cualquier atisbo de discriminación en contra de tal tipo de trabajadores.



Y es que, como ha afirmado reiteradamente el Tribunal Constitucional (recogidas las ideas que siguen en la STC 149/2017) el derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 14 CE no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan sólo "las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas", lo que veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.

Lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte "objetivamente justificada", sino también que supere un "juicio de proporcionalidad" en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (por todas, SSTC 104/2004 y 117/2017).

Por lo que específicamente se refiere a las diferencias de tratamiento entre trabajadores fijos y temporales, en doctrina perfectamente aplicable a los indefinidos no fijos, el TC ha mantenido en reiteradas ocasiones que si bien la duración del contrato no es un factor desdeñable a la hora de establecer ciertas diferencias entre unos y otros trabajadores (STC 177/1993) las cuales han de tener su origen en "datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo o el régimen jurídico del contrato que las expliquen razonablemente" (STC 104/2004) y, sin que, en ningún caso, alcancen "al distinto tratamiento que, en perjuicio de los trabajadores temporales, se dispensa sin apoyo en datos objetivos y con merma de su posición misma como trabajadores de la empresa" (STC 71/2016).

En aplicación de tal doctrina, en mi opinión, el hecho de que el personal indefinido no fijo, contrariando los artículos 23.2 y 103.3 CE, hayan ingresado en la empresa pública de referencia sin haber superado un proceso selectivo basado en los reiterados principios constitucionales de capacidad, mérito e igualdad, constituye un dato objetivo relacionado con el régimen jurídico del contrato que explica razonablemente, dotándola de racionalidad, la medida discutida consistente en la exclusión de los indefinidos no fijos de los procesos de promoción interna para la ocupación de una plaza estable y consolidada, como ocurre en el supuesto de autos.

**QUINTO.-** EL EBEP, en su artículo 14, reconoce a los empleados públicos una serie de derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio entre los que se encuentra el derecho a la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación. Lo primero que destaca del precepto es que el derecho se concede "en correspondencia con la naturaleza jurídica de la relación de servicio", lo que indudablemente remite tanto a la básica distinción entre personal funcional y personal laboral como a la existencia de diversas figuras de laborales: fijos, indefinidos y temporales.

Además de esa genérica alusión, expresamente reconoce estos derechos al personal laboral - artículo 19.1 EBEP - si bien, en cuanto a su régimen jurídico para estos empleados públicos, remite a los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores y en los Convenios Colectivos. En todo caso, debe advertirse que por más que su reconocimiento se extiende a todo el personal laboral, sin realizar distinciones en atención a la duración del contrato de trabajo, una interpretación analógica de las previsiones contenidas en el EBEP sobre el derecho a la carrera profesional y promoción interna del personal funcional -en particular, la exclusión de los funcionarios interinos y del personal eventual, basada en la temporalidad que caracteriza a éstos colectivos-, así como la expresión del artículo 14, referida a todos los empleados públicos, según la que el derecho se reconoce "en correspondencia con la naturaleza jurídica de la relación de servicio", ha llevado a la doctrina mas autorizada a afirmar que el personal laboral temporal, así como el indefinido no fijo quedarían, en principio, excluidos del derecho a la promoción profesional, a pesar de que en la práctica se hayan previsto por medio de la negociación colectiva mecanismos de promoción profesional para los contratados laborales de carácter temporal.

**SEXTO.-** Por todo lo expuesto, entiendo que el recurso debió ser estimado, tal como interesó el Ministerio Fiscal en su documentado informe, y debió casarse y anularse la sentencia recurrida, desestimando la demanda.

En Madrid a dos de abril de dos mil dieciocho.