

Sentencia T.S. (Sala 4) de 5 de julio de 2011

RESUMEN:

Movilidad funcional o geográfica por disminución de la capacidad: Sólo está supeditada a la existencia de vacante a la fecha de reconocimiento del derecho, no está supeditado al resultado del concurso de traslados.

En la Villa de Madrid, a cinco de Julio de dos mil once.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Manuel Fernández Casares, en nombre y representación de D.ª Debora, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), de fecha 27 de octubre de 2010, recaída en el recurso de suplicación n.º 1847/2010, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 6 de Granada, dictada el 26 de mayo de 2010, en los autos de juicio n.º 1016/09, iniciados en virtud de demanda presentada por Doña Debora contra Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, sobre Derechos.

Es Ponente la Excm. Sra. D.ª Rosa María Viroles Piñol, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.-Con fecha 26 de mayo de 2010, el Juzgado de lo Social n.º 6 de Granada, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimo la demanda de doña Debora en reclamación de derecho contra la CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, a la que absuelvo de las pretensiones contra ella ejercitadas."

Segundo.-Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "Primero.- La demandante doña Debora, mayor de edad, con núm. NUM000, es personal laboral dependiente de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, prestando sus servicios en el Centro Socio Cultural Gitano de Granada, con código NUM002, con la categoría profesional de Ordenanza y con un salario según el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral al Servicio de la Junta de Andalucía; Segundo.- Mediante las Ordenes de 1 de junio y 25 de julio de 2005 de la Consejería demandada, se dispuso el cumplimiento de la sentencia n.º 783/2005, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, recurso 2554/2004, en la que se reconoce el derecho a cambio de puesto de la actora, por razones de salud laboral, condicionado a que hubiera puesto vacante de los solicitados en la categoría de Ordenanza, Conserje o Telefonista en Granada Capital. En consecuencia de ello, se acuerda adjudicar, con carácter provisional la plaza correspondiente a la categoría de ordenanza (GRAPO V), con código NUM002, de la Escuela de Artes Aplicadas y Obras Artísticas en Granada, Centro adscrito a la Delegación Provincial de la Consejería de Educación de la provincia; Tercero.- Mediante Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada se resuelve el Recurso de Suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la Sentencia dictada el día 25 de mayo de 2005, por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Granada, en Autos seguidos por D. Juan Manuel, antiguo titular de la plaza de ordenanza Cod. NUM001, en reclamación sobre Incapacidad Permanente. La indicada Sentencia revoca la Resolución judicial originaria, absolviendo al demandado de la acción que contra él se ejercitaba, reincorporando al trabajador a su puesto y desplazando por tanto a Dña. Debora del mismo; Cuarto.- Con fecha 10 de abril de 2006 se concede a D.ª Debora con carácter provisional, la plaza vacante de Ordenanza, Código 246710, clasificada en el Grupo V, en la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de Granada. En la citada resolución se especifica en el Fundamento de Derecho Segundo que la adjudicación provisional de dicha plaza no impedirá que, en su caso y de conformidad con lo establecido en el VI Convenio Colectivo, la plaza en cuestión fuera incluida en un procedimiento de provisión de puestos; Quinto.- Por Orden de 19 de febrero de 2008 se resolvió el concurso de traslados entre el personal laboral convocado por Orden de 14 de mayo de 2007, cubriéndose con carácter definitivo por este procedimiento, el puesto concedido a la trabajadora con carácter provisional; Sexto.- Mediante Orden de 1 de abril de 2008 se adjudica a la interesada, con carácter provisional, la plaza vacante de Ordenanza, código NUM002, ubicada en el Centro Sociocultural de Promoción Gitana de Granada, clasificada en el Grupo V, y adscrita a la Delegación Provincial de la Consejería para la igualdad y Bienestar Social de Granada. Con fecha 3 de julio de 2009, la interesada solicita la revisión de su expediente de movilidad por disminución de capacidad, al amparo del art. 23 del VI Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Junta de Andalucía. Mediante Resolución de 16 de septiembre de 2009, la Dirección General de la Función Pública dispone

adjudicar con carácter provisional, por disminución de capacidad, la plaza vacante de Ordenanza, Código NUM003, clasificada en el Grupo V, en la Dirección Provincial de la Agencia del Agua en Granada; Séptimo.- Es de aplicación el VI Convenio Colectivo del personal Laboral al Servicio de la Junta de Andalucía, así como la Orden de 1 de junio de 2005; Octavo.- Se ha presentado reclamación previa el 16 de julio de 2009, desestimada por resolución de fecha 26 de febrero de 2010 (folio 11 y 128). La parte actora reclama en su demanda presentada el 23 de septiembre de 2009, que se dicte sentencia por la que se le adjudique en propiedad la plaza vacante de Ordenanza en el centro Socio Cultural Gitano Andaluz de Granada Código NUM002, o en su defecto la plaza de ordenanza en la Delegación de Granada de la Agencia Andaluza del Agua Código NUM003."

Tercero.-Contra la anterior sentencia, la representación letrada de Doña Debora formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), dictó sentencia en fecha 27 de octubre de 2010, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D.^ª Debora contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 DE GRANADA en fecha 26 DE MAYO DE 2010, en Autos 1016/09 seguidos a instancia de D.^ª Debora en reclamación sobre CONTRATO DE TRABAJO contra CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia, con absolución de la Consejería."

Cuarto.-Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), el letrado de D.^ª Debora, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Granada), el 23 de abril de 2008 (rec. suplicación 3158/2007).

Quinto.-Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar IMPROCEDENTE el recurso.

Sexto.-Se señaló para la votación y fallo el día 28 de junio de 2011, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-1.- La STSJ Andalucía/Granada 27/10/2010 [-rec. 1847/10] confirmó la sentencia de instancia que desestimó la demanda formulada por la demandante en la que solicita se dicte sentencia adjudicándole en propiedad la plaza vacante de Ordenanza en el Centro Socio Cultural Gitano Andaluz de Granada (código NUM002) o en su defecto la de ordenanza en la Delegación de Granada de la Agencia Andaluza del Agua (código NUM003), al entender que sólo a través de los procedimientos ordinarios de provisión de puestos de trabajo para el personal laboral de la Junta de Andalucía, como son los concursos de traslado, de promoción o de acceso, puede adjudicarse un determinado puesto con carácter definitivo. Decisión que se adopta, partiendo de los hechos probados que -resumidamente- son los siguientes: a) la demandante es personal laboral fijo de plantilla de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía prestando servicios en el centro Socio Cultural Gitano de Granada con código NUM002 con la categoría de Ordenanza; b) Mediante órdenes de 1 de junio y 25 de julio de 2005 se dispuso el cumplimiento de la sentencia en la que se reconocía a la actora el derecho a cambio de puesto de trabajo por razones de salud laboral, como consecuencia de lo cual la actora ha estado destinada en distintos puestos de trabajo con carácter provisional.

2.- Recurre la parte demandante en casación para la unificación de doctrina, designando como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de 23 de abril de 2008. Dicha sentencia se trata también de una trabajadora de la Junta de Andalucía que padece cervicalgia y lumbalgia y pretende que le sea asignada una de las plazas vacantes existentes en la entidad demandada a lo que accede la sentencia propuesta de contraste.

De la comparación de ambas sentencias -la recurrida y la designada de contraste-, se evidencia la existencia de contradicción pues se trata de la misma cuestión, con aplicación en ambas de la misma norma convencional, el artículo 23 del convenio colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía, en supuestos en los que existían vacantes; y en concreto en el caso de autos estaba vacante al menos la plaza que la actora ocupaba provisionalmente (una de las que solicita) la de la Agencia del Agua de Granada.

Se evidencia pues, que nos encontramos ante pronunciamientos de signo opuesto recaídos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, de forma que se cumple la exigencia impuesta por el art. 217 LPL para la admisibilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina (recientes, SSTS 07/07/10 -rcud 3871/09 -; 07/07/10 -rcud 4315/08 -; 14/07/10 -rcud 3531/09 -; 20/07/10 -rcud 2121/09 -; y 20/07/10 -rcud 3715/09 -), por lo que la Sala debe resolver la cuestión planteada respecto al fondo.

Segundo.-1.- Por la recurrente se denuncia la infracción del art. 23 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía, y entiende que la doctrina correcta se contiene en la sentencia designada de contraste.

2.- La cuestión objeto de debate en las presentes actuaciones consiste en la interpretación que haya de darse al art. 23.1 del Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de Junta de Andalucía, por virtud del cual -bajo el título "Otras formas de movilidad"-Y esta cuestión ha sido resuelta por la Sala en doctrina unificadora, en sentencia de 10 de noviembre de 2010 (rec. 4014/2009), a la que ha de estarse por razones de seguridad jurídica.

Como decíamos allí, el precepto dispone que: "La movilidad por disminución de la capacidad del personal podrá llevarse a cabo a petición propia de la persona interesada... a otra categoría del mismo Grupo profesional o inferior...o a puesto de trabajo de la misma categoría profesional si las condiciones de trabajo del nuevo puesto favorecen su salud. Estas peticiones serán tramitadas y resueltas por la Consejería competente... La movilidad podrá efectuarse dentro de la misma localidad o en otras diferente, si bien dicho traslado estará condicionado a la existencia de vacante".

Partiendo del redactado del precepto señalábamos en aquel supuesto en que la recurrente era la Administración demandada, que " *la Sala no encuentra el menor apoyo normativo al planteamiento de la Administración recurrente, coincidiendo de manera plena con la solución ofrecida por la decisión recurrida, siendo así que:*

a).- *El derecho a la movilidad funcional y geográfica prevista en la norma convencional únicamente está supeditado a la existencia de vacante, que -como razonablemente es deducible de su texto- ha de apreciarse ya en la fecha en que tal derecho se reconoce por la correspondiente Consejería, sin que pueda atribuirse a la Administración Pública la facultad de decidir el momento en que ha de adjudicarse la vacante y por lo mismo cuándo ha de apreciarse la existencia de la misma;*

b).- *No hay indicio alguno de que el precepto configure tal supuesto de movilidad "con un carácter más facultativo o potestativo para la Administración", tal como -sin referencia normativa que avale la afirmación- se sostiene en el recurso.*

c).- *También carece de soporte la pretensión recurrente de que el procedimiento de concurso ostente primacía sobre el traslado por razón de enfermedad. Antes al contrario, aunque aquél haya de considerarse como norma general, la Sala considera que el último pudiera considerarse un ejemplo de discriminación positiva, de la que la más reciente legislación social en el ámbito de la función pública ofrece múltiples ejemplos tras la publicación de la Ley 13/1982, de 7/Abril [valgan, por todos, los que representan la DA Decimonovena Ley 30/1984, de 2 /Agosto, tras la reforma operada por la Ley 53/2003, de 10 /Diciembre; el RD 2271/2004, de 3/Diciembre; el RD 121/2005, de 4/Febrero...], estableciendo medidas de naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja que han merecido refrendo constitucional[STC 269/1994 , de 3/Octubre], en aplicación de la máxima aristotélica de que "no hay mayor injusticia que el trato igual a los desiguales". Y*

d).- *No es ajustado a derecho que reconocido el derecho en el año 2003, en 2007 se le niegue su aplicación bajo el pretexto de que las vacantes existentes está sujetas a concurso de traslados por Orden de 14/05/07; ni que se argumente -en el recurso- que no consta que el trabajador hubiera pretendido la efectividad de su derecho hasta Marzo/2007, porque ni de la norma se desprende la obligación del trabajador de solicitar -aparte del derecho- también posteriormente la aludida "efectividad" [duplicando las solicitudes], ni en la fecha en que pese a todo se llevó a cabo [Marzo] todavía se había convocado el concurso paras vacantes innegablemente existentes [evento ocurrido en Mayo]".*

Las precedentes consideraciones llevaron a la Sala a afirmar que la doctrina ajustada a derecho era la mantenida en la sentencia recurrida que estimó la pretensión actora. Y estas mismas consideraciones nos llevan ahora a estimar la pretensión actora y en consecuencia el recurso en el supuesto ahora examinado, en el que se constata acreditado que al menos la plaza de Ordenanza en la Delegación de Granada de la Agencia Andaluza del Agua (Código NUM003) estaba "vacante" al momento de ser ocupada provisionalmente por la

actora, y ha dejado de estarlo en tal momento y por esta circunstancia, sin que conste cual sea la situación de la otra plaza interesada. No es válido pues el argumento de la Administración recurrida basado en la necesidad de someter las vacantes existentes a concurso de traslados, pues la vacante ocupada provisionalmente desde 2005 por la actora, ante la falta de regulación de la cuestión que se suscita, ha de entenderse que ha dejado de estar vacante en tal momento.

En consecuencia, visto el informe del Ministerio Fiscal, ha de estimarse el recurso, y revocar la sentencia recurrida; y resolviendo el debate en suplicación, estimar el recurso de tal clase, reconociendo a la demandante el derecho a que se le adjudique en propiedad la plaza interesada con carácter subsidiario que venía ocupando con carácter provisional de Ordenanza en la Delegación de Granada de la Agencia Andaluza del Agua Código NUM003. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Dña. Debora, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía/Granada en fecha 27/Octubre/2010 [recurso de Suplicación n.º 1847/10], que a su vez confirmaba la resolución - desestimatoria de la demanda- dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de los de Granada [autos 1016/09], seguidos a instancia de la recurrente frente a la CONSEJERIA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCIA; y resolviendo el debate en suplicación, estimar el recurso de tal clase, reconociendo a la demandante el derecho a que se le adjudique en propiedad la plaza interesada con carácter subsidiario que venía ocupando con carácter provisional de Ordenanza en la Delegación de Granada de la Agencia Andaluza del Agua Código NUM003. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Rosa Maria Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.