

BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL**AUDIENCIA NACIONAL**

Sentencia 1/2015, de 2 de enero de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 276/2014

SUMARIO:

ADIF. Concursos de traslado y demás procedimientos de movilidad voluntaria. *Trabajadores indefinidos no fijos y personal fijo de pleno derecho.* No cabe la exclusión de la posibilidad de concursar de los laborales indefinidos no fijos, restringiéndola a los laborales fijos, por ser contraria a la obligación de igualdad en la aplicación de la ley, salvo que así venga dispuesto por el convenio colectivo que sea de aplicación.

PRECEPTOS:

Ley 7/2007 (EBEP), art. 83.

Normativa laboral de FEVE, art. 30.

PONENTE:

Don Rafael Antonio López Parada.

S E N T E N C I A N.º: 1/15

ILMO. SR. PRESIDENTE:

RICARDO BODAS MARTÍN

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ

RAFAEL ANTONIO LÓPEZ PARADA

En MADRID, a dos de enero de dos mil quince.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento 276/2014 seguido por demanda de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CC.OO.) asistido del letrado D. Enrique Lillo, a la que se adhieren el Sindicato Cántabro de Asalariados del Transporte (SCAT) asistido del letrado D. Paolo Fayer Pérez, el Sindicato de Circulación Ferroviaria (SCF) asistido del letrado D. Santiago Junco y el Sindicato Federal Ferroviario de la Confederación General del Trabajo (CGT) contra Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) asistido del letrado D. José Manuel Martínez Antuña, siendo partes no comparecidas el Comité General de Empresa de ADIF, el Sector Ferroviario y de Servicios Turísticos de la Unión General de Trabajadores (UGT), el Sindicato Español de Maquinistas y Ayudantes Ferroviarios (SEMAF) y el Sindicato Ferroviario Intersindical (SFI), sobre conflicto colectivo. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RAFAEL ANTONIO LÓPEZ PARADA.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

Según consta en autos, el día 2 de octubre de 2014 se presentó demanda por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CC.OO.) contra Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF),

pidiendo la citación como partes del Comité General de Empresa de ADIF, el Sector Ferroviario y de Servicios Turísticos de la Unión General de Trabajadores (UGT), el Sindicato Español de Maquinistas y Ayudantes Ferroviarios (SEMAF), el Sindicato Federal Ferroviario de la Confederación General del Trabajo (CGT), el Sindicato de Circulación Ferroviaria (SCF) y el Sindicato Ferroviario Intersindical (SFI), sobre conflicto colectivo.

Con fecha 11 de noviembre de 2014 el Sindicato Federal Ferroviario de la Confederación General del Trabajo (CGT) presentó escrito ante la Sala compareciendo en los autos y adhiriéndose a la demanda.

Con fecha 20 de noviembre de 2014 el Sindicato Cántabro de Asalariados del Transporte (SCAT) presentó escrito ante la Sala compareciendo en los autos y adhiriéndose a la petición principal de la demanda, añadiendo algunos fundamentos de la misma y manifestando que había presentado conflicto colectivo con idéntico objeto ante los Juzgados de lo Social de Cantabria, acompañando varios documentos, entre ellos la cédula de citación a juicio en el Juzgado de lo Social número dos de Santander para el día 5 de febrero de 2015.

Segundo.

La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 9 de diciembre de 2014 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio.

Tercero.

Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto.

- La parte demandante desistió de las pretensiones subsidiarias de la demanda, ratificándose en la misma por lo demás y exponiendo su representante procesal los motivos que fundan su pretensión principal que mantiene. Se adhirieron a sus pretensiones el Sindicato de Circulación Ferroviaria (SCF) y el Sindicato Federal Ferroviario de la Confederación General del Trabajo (CGT), así como el Sindicato Cántabro de Asalariados del Transporte (SCAT), que expuso motivos adicionales para la estimación de la demanda, previamente anunciados en su escrito de personación en el procedimiento. Se opuso a la estimación de la pretensión la parte demandada, por los motivos que igualmente argumentó, alegando en primer lugar la excepción de falta de legitimación activa del Sindicato Cántabro de Asalariados del Transporte (SCAT). Todo ello en los términos que resultan del acta del juicio y de la grabación de la vista oral.

Quinto.

- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se precisa que los hechos controvertidos y conformes fueron los siguientes:

Hechos controvertidos:

-La empresa niega que el Sindicato SCAT tenga implantación en Feve y Adif y no tiene representación; si tenía Sección Sindical en Feve.

-La circular 5/2014 se refiere a movilidad geográfica, no regula gráficas ni gráficos de incidencias.

-La circular 5/2014 se refiere a la movilidad geográfica voluntaria de vacantes indicadas en ella o que se pudieran producir para factor de circulación nivel salarial 4, 5, 6.

-El personal que puede participar es el fijo de plantilla para cumplimentar la regulación legal aplicable a Adif y Feve, sólo por factores fijos.

-La empresa está legitimada convencionalmente art.14 del 18 Convenio para convocar traslados en el primer trimestre de cada año para plazas vacantes.

-La empresa está legitimada convencionalmente art. 54 de la normativa laboral para amortizar plazas por bajas voluntarias o que no se cubran por concursos voluntarios.

-La empresa no ha amortizado plazas ocupadas por trabajadores.

-A estas se les establecen los gráficos correspondientes.

-La empresa en la circular 5/2014 en lo referente a personal no operativo está refiriéndose a factores que no ocupan plaza como excedentes y representantes sindicales liberados y crea nueva plaza.

Hechos pacíficos:

- En el SIMA por ADIF se advirtió la carencia de legitimación de SCAT.
- Los gráficos se regulan a nivel residencia y se negocian por los Comités Provinciales. Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

Primero.

El artículo 2 del Real Decreto-ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios (BOE 21 de julio de 2012), dispuso la supresión de la entidad pública empresarial Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha (FEVE) con efectos del 31 de diciembre de 2012, subrogándose a partir del 1 de enero de 2013 las entidades públicas empresariales ADIF y RENFE-Operadora o las respectivas sociedades mercantiles estatales en las que tales entidades se reestructurasen, en los derechos y obligaciones de aquélla. La división de FEVE entre ADIF y RENFE-Operadora se hizo en función de la actual adscripción de sus bienes y contratos a la infraestructura (ADIF) o a las operaciones (RENFE-Operadora). Con el mismo criterio se encomendó al Ministerio de Fomento que determinase mediante Orden los trabajadores que debían integrarse en ADIF y en RENFE-Operadora, estableciéndose expresamente que tal integración no suponía en ningún caso la consolidación o convalidación de condiciones laborales en general, y retributivas en particular, contrarias a lo establecido en las disposiciones aplicables a los empleados del sector público. Las relaciones laborales de dicho personal se seguirían rigiendo por los convenios colectivos que estuvieran vigentes en el momento de su integración. La transmisión del personal a una u otra entidad se individualizó por Orden FOM/2814/2012, de 28 de diciembre. Los servicios de FEVE transferidos a ADIF pasaron a integrar la Subdirección de Red de Ancho Métrico de ADIF.

Segundo.

Con fecha 21 de diciembre de 2012 se suscribió el XIX Convenio colectivo de la empresa Ferrocarriles de Vía Estrecha (FEVE), de una parte por los designados por la Dirección de la empresa, en representación de la misma, y de otra por las secciones sindicales de UGT, SFI-Intersindical y SEMAF en representación de los trabajadores. El Convenio Colectivo tiene por objeto regular las relaciones laborales que afectan a todos los trabajadores pertenecientes a la Entidad Pública Empresarial Ferrocarriles de Vía Estrecha, abreviadamente FEVE, con excepción del personal de la Estructura de Dirección que está excluido y se rige por las condiciones específicas pactadas en sus contratos individuales y que conforman el equipo directivo de FEVE. Su duración pactada es de seis años, entrando en vigor el 1 de enero de 2010, y finalizando su vigencia el 31 de diciembre de 2015. Se pacta también que, llegada la fecha de vencimiento del Convenio, si no fuera denunciado por cualquiera de las partes dentro de los tres meses anteriores a la fecha de finalización de su vigencia, se prorrogará de año en año.

El artículo 7 establece que es de aplicación toda la normativa laboral de FEVE vigente a la fecha de entrada en vigor del presente Convenio, el XVIII Convenio colectivo, incluida su disposición final segunda así como los acuerdos de las Comisiones Paritarias y Normativas alcanzadas durante la vigencia del XVIII Convenio Colectivo.

En el artículo 5 del convenio se acuerda, con objeto de mantener la estabilidad laboral y el nivel de empleo, negociar un Plan de Empleabilidad y Recursos Humanos, con objeto de paliar posibles situaciones excedentarias de personal. El referido Plan de Empleabilidad y Recursos Humanos, comporta la asunción por ambas partes del compromiso de negociar, en el seno de una Comisión Mixta que se constituirá al efecto, cuantas medidas organizativas y de flexibilidad se consideren necesarias, que podrían incluir movilidad geográfica y funcional, así como la internalización de cargas de trabajo que aporten valor añadido para FEVE y sus trabajadores/as. Las actuaciones contempladas en el Plan de empleabilidad se llevarán a cabo por dicha Comisión Mixta integrada por nueve miembros de cada una de las partes, estando constituida la que representa a los trabajadoras/es por miembros pertenecientes a los sindicatos firmantes del Convenio Colectivo, respetando la representatividad de la empresa y garantizándose, al menos, uno por cada sindicato firmante del Convenio Colectivo.

Tercero.

El 5 de agosto del 2014 la Jefatura de Recursos Humanos de la Subdirección de Red de Ancho Métrico de ADIF, publicó la Circular nº 5/2014, mediante la que convoca un concurso de traslados para Factor de Circulación. Se dice en la circular, que la convocatoria se rige por lo establecido en la propia Circular y, subsidiariamente, por el XIX Convenio Colectivo de FEVE y el Estatuto de los Trabajadores.

Dicho concurso de traslados, que obra en autos (descriptor 55) y se da por íntegramente reproducido como hecho probado, permite solicitar traslado al personal fijo de plantilla con la Categoría de factor de circulación de entrada, segunda y primera, niveles salariales 4, 5 y 6 y convoca los siguientes puestos en las residencias que se indican:

CERDIDO 1
ORTIGUEIRA 1
XOVE 2
RIBADEO 1
OVIEDO 1
POLA DE SIERO -3
NAVA -5
INFIESTO 1
SOTO DUEÑAS 1
RIBADESELLA 1
FUSO DE LA REINA -3
SOTO DE RIBERA 1
ABLAÑA -2
MIERES -5
FIGAREDO 1
MOREDA -3
CABAÑAQUINTA -1
TRUBIA 1
GRADO -2
MUROS -1
CANDAS -4
AVILES 1
GIJON 1
EL BERRON 9
LAVIANA -2
UNQUERA 1
CABEZON DE LA SAL 1
PUENTE SAN MIGUEL -3
TORRELAVEGA -3
SANTANDER 16
ASTILLERO -3
OREJO -3
SOLARES -2
LIERGANES -2
HOZ DE ANERO -1
GAMA 1
TRETU -1
MARRON -3
GIBAJA -3
CARRANZA -1
ARIZ 2
BILBAO 10
BALMASEDA 1
SOTOSCUEVA 2
PEDROSA -1
MATAPORQUERA 1
GUARDO 1
PUENTE ALMUHEY 1
BOÑAR 2
LA VECILLA 1

Algunos puestos, como resulta del listado anterior, figuran con signo negativo.

También se indica que quedan convocadas todas aquellas vacantes que pudieran producirse hasta la fecha de publicación de la resolución en régimen de traslado, por lo que las peticiones deberán contener todas aquellas plazas que se deseen, figuren actualmente vacantes o no.

Igualmente se dice que, con carácter excepcional, en aquellas residencias en que alguna vacante sea cubierta por personal no operativo, se podrán incrementar estas en el mismo número que las cubiertas por este tipo de personal.

Se señala igualmente que aquellas vacantes que no sean cubiertas en esta convocatoria, podrán ser amortizadas por la empresa.

Se recuerda a todos los trabajadores que ocupan puestos de la categoría convocada con carácter provisional, que están obligados a solicitar el traslado a alguna de los puestos convocados y si no lo hicieran le será asignado por la empresa.

Se señala también que, aunque la resolución de los traslados sea publicada, tendrá los solos efectos de información, y no producirán efecto alguno en tanto en cuanto éstos no sean expresamente comunicados a los afectados mediante el oportuno documento, o en cualquier caso con la fecha de cierre definitivo de la presente circular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9.5 y 67 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Segundo.

- De conformidad con lo prevenido en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se expresa que los hechos declarados probados se han deducido de las pruebas siguientes:

El primero es una cuestión jurídica, mera reproducción de la norma publicada en el Boletín Oficial del Estado de 21 de julio de 2012, que se incorpora a los hechos probados al no existir controversia sobre las partes sobre su vigencia y contenido.

El segundo es también una cuestión jurídica, mera reproducción del convenio colectivo publicado en el Boletín Oficial del Estado de 4 de mayo de 2013, que se incorpora a los hechos probados al no existir controversia sobre las partes sobre su vigencia y contenido.

El tercero del documento obrante en el descriptor 55.

No se consideran acreditados hechos sobre la implantación (dentro de las representaciones unitarias o en número de afiliados) del sindicato SCAT dentro de ADIF o del ámbito de la antigua FEVE integrada en ADIF, por cuanto no se ha acreditado por SCAT dicha implantación, aportando la prueba precisa para ello, cuya carga probatoria le correspondía.

Tercero.

- Se impugna el concurso de traslados convocado por la Subdirección de Red de Ancho Métrico de ADIF, que ha integrado a los trabajadores y servicios transferidos a esta entidad procedentes de la anterior entidad empresarial FEVE y se pide en el suplico de la demanda (después de haberse desistido de las pretensiones subsidiarias) que se anule y deje sin efecto la convocatoria del Concurso de Traslados para Factor de Circulación, publicado, el 5 de agosto de 2014 por la Jefatura de Recursos Humanos de la Subdirección de Red de Ancho Métrico de ADIF, mediante la Circular número 5/2014. Así delimitado el objeto del litigio, lo que ha de dilucidarse es si alguno de los motivos aducidos por los demandantes debe dar lugar a la anulación pedida del citado concurso de traslados.

Previamente ha de resolverse la excepción, alegada por la empresa demandada, de falta de legitimación activa del Sindicato Cantabro de Asalariados del Transporte (SCAT). El artículo 155 de la Ley de la Jurisdicción Social nos dice que los sindicatos representativos (de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical), las asociaciones empresariales representativas (en los términos del artículo 87 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) y los órganos de representación legal o sindical podrán personarse como partes en el proceso, aun cuando no lo hayan promovido, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto.

La sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012 (recurso 71/2010), recuerda y resume la doctrina sobre la legitimación activa en el procedimiento de conflicto colectivo, fijando una doctrina que es aplicable no solamente a quien promueve el conflicto como demandante, sino también a quienes intervienen en el mismo al amparo del artículo 155 de la Ley de la Jurisdicción Social, puesto que la dicción al

respecto de dicho artículo ("que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto") es igual que la contenida en el artículo 154.a. Dice el Tribunal Supremo:

"La doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala sobre la cuestión debatida, como se cuida de señalar nuestra sentencia de 6 de junio de 2011, han de ser examinadas. Así el Tribunal Constitucional ha señalado (SSTC 210/1994 de 11 de julio ; 7/2001, de 15 de enero ; 24/2001, de 29 de enero ; 84/2001, de 26 de marzo ; 215/2001, de 29 de octubre ; 153/2007, de 18 de junio y 202/2007 de 24 de septiembre, entre otras) que "los sindicatos desempeñan ... una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, que no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo ... por esta razón, hemos declarado que, en principio, es posible considerar legitimados a los sindicatos para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores (STC 210/1994, de 11 de julio). Queda pues clara la relevancia constitucional de los sindicatos para la protección y defensa, incluso jurisdiccional, de los derechos e intereses de los trabajadores. Ahora bien, como también hemos precisado en las SSTC 210/1994, de 11 de julio ... y 101/1996, de 11 de junio ... esta capacidad abstracta que tiene todo sindicato para ser parte no autoriza a concluir sin más que es posible "a priori" que lleven a cabo cualquier actividad en cualquier ámbito, pues tal capacidad "no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad", cualesquiera que sean las circunstancias en las que ésta pretenda hacerse valer. En el concreto ámbito del proceso, por la propia naturaleza del marco en el que el sindicato ha de actuar, conviene recordar que este Tribunal ya ha tenido ocasión de subrayar la necesaria existencia de un vínculo acreditado, de una conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada (SSTC 210/1994, de 11 de julio, 7/2001, de 15 de enero, de 29 de enero, de 26 de marzo y STC 215/2001, de 29 de octubre)". Esta doctrina ha sido reiterada por esta Sala en sus sentencias de 10 de marzo de 2003 (R.O. 33/02), 4 de marzo de 2005 (R. 6076/03), 16 de diciembre de 2008 (R. 124/07), 12 de mayo de 2009 (R. 121/08) y 29 de abril de 2010 (R.O. 128/09) en las que se ha insistido, como dice la sentencia de 12 de mayo de 2009, "para poder considerar procesalmente legitimado a un sindicato no basta con que éste acredite la defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical, dentro de lo que hemos denominado 'función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores' (STC 101/1996, de 11 de junio ...). Debe existir, además, un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado (SSTC 7/2001, de 15 de enero ...y 24/2001, de 29 de enero ...)" (SSTC 164/2003 de 29-septiembre, 142/2004 de 13-septiembre, 112/2004, 153/2007 de 18-junio y 202/2007 de 24-septiembre)". Porque, como señala nuestra sentencia de 29 de abril de 2010 "deben considerarse legitimados a los Sindicatos para accionar en los procesos en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que tengan implantación suficiente en el ámbito del conflicto (vínculo acreditado de conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada) y, asimismo, que "la implantación suficiente también existe cuando posea nivel de afiliación adecuado en el ámbito de afectación del conflicto".

La precitada sentencia de 6 de junio de 2011, recurso 162/2010, concluye razonando que "el sindicato que ha planteado el conflicto colectivo carece de legitimación para plantearlo, al no estar implantado en la empresa demandada, ni en aquella que la misma absorbió y que empleaba a los mil trabajadores que pudieran tener algún interés en el presente conflicto. Si de los mil afectados solo tres, según afirma el sindicato recurrente, están afiliados a él, puede concluirse que el mismo carece de la legitimación necesaria, al representar solo el 0,3 por cien de los trabajadores interesados en el mejor de los casos. El sindicato demandante no pertenece a los órganos unitarios de representación, y aunque estos no existan no acredita su implantación en la empresa, hecho cuya prueba le incumbía lograr acreditando un nivel de afiliación porcentualmente relevante....".

En este caso la prueba practicada por el sindicato SCAT no llega a acreditar su implantación en el ámbito del conflicto y ello tomando en consideración única y exclusivamente el ámbito del concurso de traslados de la antigua FEVE, por ser éste el ámbito del presente conflicto, y no el conjunto de la entidad ADIF en el que se integró. Los documentos obrantes en el descriptor 51 de los autos acreditan la existencia, al menos en la fecha a la que se refieren los mismos (1999 y 2008), de una sección sindical en la empresa FEVE, aparte de otras actividades generales del sindicato, pero ni queda acreditado que dicho sindicato tenga representación en los órganos unitarios de la empresa y cuál sea ésta, ni tampoco su nivel de afiliación, por lo que no está acreditada la necesaria implantación de SCAT en el ámbito del conflicto, cuya carga probatoria correspondía a este sindicato.

Por consiguiente ha de estimarse la excepción de falta de legitimación del sindicato SCAT opuesta por ADIF en el acto del juicio. Habremos por tanto de limitar nuestro análisis a los motivos de impugnación del concurso de traslados elevados por la central sindical demandante, CC.OO., a los cuales se adhieron los restantes sindicatos comparecidos en el acto del juicio y con legitimación no cuestionada para su intervención adhesiva.

Cuarto.

Se alega en primer lugar que en la convocatoria se han introducido una serie de vacantes con signo negativo, lo que implicaría por tanto la declaración de un determinado puesto como sobrante, para lo cual una

convocatoria de concurso de traslados sería un procedimiento inidóneo, no habiéndose tampoco acreditado causas para declarar los puestos de trabajo como sobrantes. Sostienen los demandantes que los trabajadores adscritos a esos puestos con signo negativo, como consecuencia de la inclusión de los mismos en la convocatoria de esa manera, quedan obligados a pedir traslado a otros puestos.

Para decidir tal cuestión ha de interpretarse previamente el significado del signo negativo que aparece delante de algunas residencias en la convocatoria de traslados. Para ello hemos de partir de que, conforme al tenor literal de la convocatoria, estamos ante un concurso de traslado voluntario (salvo para los trabajadores que ocupan puestos de la categoría convocada con carácter provisional, "que están obligados a solicitar el traslado a alguna de los puestos convocados y si no lo hicieran le será asignado por la empresa") y, por tanto, el signo negativo que pueda aparecer delante de alguna residencia no significa que los trabajadores destinados en la misma queden obligados a concursar. Tal obligación no se deriva en modo alguno de la convocatoria impugnada y queda fuera del objeto del presente litigio.

Hay que considerar que en el concurso de traslados objeto del litigio, tal y como ha quedado probado, no solamente incluye las vacantes enumeradas, sino también todas aquellas vacantes que pudieran producirse hasta la fecha de publicación de la resolución en régimen de traslado, "por lo que las peticiones deberán contener todas aquellas plazas que se deseen, figuren actualmente vacantes o no". También hay que tener en cuenta que "aquellas vacantes que no sean cubiertas en esta convocatoria, podrán ser amortizadas por la empresa".

Por consiguiente el signo negativo implica dos cosas:

- a) Que las residencias mencionadas, aunque quedaran vacantes antes de la resolución del concurso de traslado, no entrarían dentro de la convocatoria;
- b) Que si las residencias mencionadas quedaran vacantes como consecuencia del traslado, dentro del concurso, de su titular, serían amortizadas.

Interpretada en tales términos, la convocatoria no puede ser anulada por la causa esgrimida por los recurrentes, puesto que de la misma no resulta la obligación de concursar de los trabajadores con destino en las residencias señaladas con un signo negativo.

Al respecto ha de recordarse, en relación con este y los demás motivos de recurso, que no estamos ante un traslado forzoso (salvo en el caso de trabajadores adscritos provisionalmente), no siendo de aplicación por ello el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores . Estamos, por el contrario, ante traslados voluntarios, cuyo régimen, a falta de norma convencional, sería puramente contractual, de manera que en principio y en el marco del Derecho Laboral, quedaría sujeto a la mera voluntad concurrente de las partes del contrato de trabajo. Sobre ese régimen puramente contractual se sobrepone la regulación del convenio colectivo, que introduce requisitos, procedimientos y condicionantes a los que han de sujetarse las partes, entre ellos el de concurrencia. Pero, dado que la regulación del concurso de traslados es completamente de naturaleza convencional, solamente podrá ser anulada si se vulneran concretas normas de la regulación contenida en el convenio colectivo o, por encima de ellas, si se vulnerasen principios constitucionales y legales aplicables al caso, por el hecho de estar ante una entidad administrativa, sujeta a los principios constitucionales de igualdad e interdicción de la arbitrariedad.

Por tanto, para que la decisión empresarial de señalar en negativo determinadas residencias, con las consecuencias antes expresadas, hubiera de ser anulada, como se pretende, sería preciso que se adujese alguna norma concreta, constitucional, legal o convencional, que se estuviese vulnerando. Y en este caso no se menciona norma alguna que imponga a la empresa la obligación de ofertar las residencias mencionadas para el caso de quedar vacantes, ni que impida su amortización si quedaran vacantes, sin ofertarlas en concurso.

El motivo es desestimado.

Quinto.

Se dice en segundo lugar que en la convocatoria se ofertan 9 puestos en El Berrón, 16 en Santander y 10 en Bilbao, que corresponderían a puestos de trabajo que tendrían asignados "gráficos puros de incidencias de circulación", esto es, que los trabajadores a los que se concediese el traslado a dichas residencias se dedicarían en exclusiva a estar a disposición de la empresa para atender incidencias, lo que sería contrario a lo previsto en la Normativa Laboral de FEVE, en la que no se contemplan tales gráficos sino unos "turnos de incidencias" sujetos a unas normas reguladas por el artículo 17 y concordantes del XVIII Convenio Colectivo de FEVE . Se dice también que esas vacantes serían de nueva creación, lo que solamente es posible, conforme al artículo 25 de la Normativa Laboral de FEVE, cuando "se produzcan como consecuencia de la aparición de una nueva dependencia o el establecimiento por primera vez de una categoría que no existiese con anterioridad en el centro de trabajo de que se trate", circunstancia que no concurre, sin que por otra parte se haya especificado en la convocatoria del concurso que dichas vacantes son de nueva creación.

Ocurre que lo aducido por los recurrentes nada tiene que ver con el contenido de la convocatoria impugnada. En la misma aparecen una serie de residencias vacantes, sin indicación alguna de cuáles sean sus gráficos, horarios o disponibilidad geográfica o temporal. Una vez que la empresa, a través de la convocatoria,

manifiesta su intención de destinar trabajadores a todas las residencias señaladas, no aduciéndose ninguna norma concreta que se haya vulnerado en cuanto a la determinación de la existencia de vacantes, las cuestiones relativas a los gráficos y/o disponibilidad de los trabajadores que sean destinados a las mismas es ajena a la convocatoria y podrá ser objeto, si fuera contraria a las normas legales o convencionales, de los correspondientes conflictos. Pero la convocatoria no predetermina tales extremos y por tanto no puede ser anulada en base a tal motivo.

Sexto.

En tercer lugar se pide la nulidad de la convocatoria del concurso de traslados por cuanto la posibilidad de solicitar puestos vacantes se limita al "personal fijo en plantilla de la Subdirección de Red de Ancho Métrico", con exclusión por tanto de los denominados "indefinidos no fijos", lo que vulneraría el artículo 30 de la Normativa Laboral de FEVE, en el que se regulan los requisitos para poder acceder al traslado, sin que se haga referencia alguna en el mismo a la necesidad de tener que ser personal fijo.

Dicho artículo 30 de la normativa laboral de FEVE tiene el siguiente contenido:

"Requisitos. Sólo podrán solicitar traslado voluntario los trabajadores que reúnan las siguientes condiciones:

- a) No haber obtenido traslado voluntario en los dos años anteriores computados a partir de la fecha de su nombramiento, salvo para el caso de vacantes de nueva creación.
- b) Haber tomado posesión de la categoría obtenida por ascenso o comienzo, salvo retención autorizada por la Dirección.
- c) Los trabajadores en situación de excedencia voluntaria superado el período, siempre que hubieran permanecido en su último destino como mínimo 2 años. Si obtuvieran plaza pondrán fin a la excedencia.
- d) Los excedentes voluntarios por. desempeño de cargo de alta, dirección a nivel estatal, regional o provincia en los partidos políticos y sindicatos, así como los excedentes forzosos por nombramiento o elección para cargo del Estado, región, provincia, municipio, político o sindical, podrán participar en las convocatorias de traslado en las mismas condiciones que el personal en activo".

El sindicato demandante, CCOO, especificó en el acto del juicio su pretensión, no cuestionando la exclusión de la participación en el concurso de traslados de los temporales, sino solamente de los denominados "indefinidos no fijos". La empresa manifestó su oposición, dado que ADIF, al igual que anteriormente FEVE, son entidades públicas empresariales que deben seleccionar a sus trabajadores garantizando los principios de igualdad, mérito y capacidad, razón por la cual quienes han accedido al empleo público por tiempo indefinido sin pasar por tales procedimientos no pueden consolidar el mismo y, por tanto, carecen de la estabilidad necesaria para aplicar a los mismos las normas sobre movilidad laboral.

La cuestión, indudablemente compleja, del estatuto jurídico del personal laboral indefinido no fijo de las Administraciones Públicas, requiere de un análisis mínimamente riguroso, a efectos de determinar si las normas sobre movilidad geográfica o funcional aplicables a los trabajadores fijos son aplicables a dicho personal.

A) Para comenzar ha de decirse que inicialmente no existía una regulación normativa de esta materia, puesto que el concepto de personal indefinido no fijo fue una creación de la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, con arreglo a una doctrina iniciada a partir de su sentencia de 7 de octubre de 1996, según la cual «la contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido», doctrina que se consolida y precisa con la sentencia de 20 de enero de 1998 (recurso 317/1997), reiterada ya muchas veces después.

La vulneración de las normas sobre contratación temporal, tanto en el momento de la contratación, por concertarse el contrato para supuestos en los que la legislación laboral no permite la contratación temporal, como en un momento posterior, por excederse los límites de duración de los contratos de tal carácter, determina, conforme a la legislación laboral, la consideración del contrato como indefinido, lo cual supone legalmente, desde una perspectiva temporal, que éste ya no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero en el caso de las Administraciones Públicas y demás entidades sometidas al artículo 23.2 de la Constitución, la atribución de carácter fijo a los trabajadores así contratados que no hubieran pasado por los procedimientos de selección regulados para la contratación del personal fijo supondría la vulneración de dicho artículo.

El concepto de acceso a las funciones públicas contenido en dicho artículo 23.2 de la Constitución, sobre el que recae una particular exigencia de igualdad, puesto que la selección debe hacerse en virtud de los principios de mérito y capacidad (artículo 103.3 de la Constitución), viene a comprender en general el acceso al empleo público, también a la contratación laboral, desde el momento en que la diferencia entre el régimen administrativo y

el laboral del personal público viene a utilizarse en muchos casos con un mero carácter instrumental, con una evidente tendencia a la aproximación dentro del concepto de empleados públicos (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público). Por tanto la atribución de un contrato laboral por tiempo indefinido sin sujeción a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad garantizados por el procedimiento legalmente previsto para ello determina la nulidad del acto administrativo separable que da acceso al empleo público (artículo 62 de la Ley 30/1992), nulidad de pleno Derecho que puede ser declarada incluso de oficio por la Administración en cualquier momento posterior (artículo 102 de la Ley 30/1992), sin que la misma prescriba, salvo que "por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes" (artículo 106 de la Ley 30/1992).

La aplicación de dicha consecuencia constitucional y legal en el ámbito de la contratación laboral por la jurisprudencia social no ha sido propiamente la nulidad del acto administrativo separable por el cual se contrató ilícitamente a un trabajador supuestamente temporal o se mantuvo ilícitamente al trabajador contratado temporal, sino considerar que en tales casos el trabajador no consolida una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. Aunque el trabajador se mantenga contratado por la Administración de manera indefinida, la Administración queda obligada a regularizar tal situación mediante las correspondientes convocatorias de acceso al empleo público fijo que fueron omitidas, en las cuales podrá participar el trabajador indefinido no fijo. Si éste gana la plaza, consolidará su empleo, pero si no es así y fuera ocupada por un tercero, en el momento en que se produjese la incorporación de este tercero el trabajador indefinido no fijo cesaría en su puesto de trabajo sin derecho a indemnización alguna (así sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002, recurso 2591/2001), si bien la carencia de indemnización en tales casos pudiera no ser compatible con las exigencias del Derecho Europeo, según se verá después, en base a la sentencia de 26 de noviembre de 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que más adelante citaremos. Se trata de un estatuto peculiar, porque el trabajador lo es por tiempo indefinido, pero sujeto a una condición resolutoria, que no es otra que la cobertura legal de su plaza, por lo que, como señala la sentencia citada del Tribunal Supremo no es equiparable esta condición a la de interinidad por vacante.

Toda esta doctrina jurisprudencial se ha trasladado a la legislación, en concreto en la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, que contempla esta situación a partir de su modificación por el artículo 5.3 del Real Decreto-ley 5/2006 . A partir de su modificación por el artículo 1.6 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, esa norma nos dice que la vulneración de los límites de encadenamiento de contratos temporales en el caso de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes (esto es, uno de los supuestos de aparición de trabajadores indefinidos no fijos de acuerdo con la jurisprudencia analizada), aunque produce el efecto de convertir el contrato en indefinido, debe tomar en consideración también los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, "por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable". Y, añade, "en cumplimiento de esta previsión, 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 empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo".

Se trata por tanto de una norma que da forma legal a la condición de indefinido no fijo y establece, aunque por remisión a la legislación administrativa, el estatuto de dicho personal en relación con la convocatoria de la plaza y su consolidación del empleo por la vía del correspondiente proceso selectivo.

No obstante lo cual ha de avisarse que esta regulación habrá de ser en su caso adaptada a las exigencias dimanantes de la sentencia de 26 de noviembre de 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asuntos acumulados C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13), que nos dice que el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, se opone a una normativa nacional que en el caso de la vulneración de la normativa sobre contratos temporales en las Administraciones Públicas contempla como toda medida para la sanción de la contravención la posibilidad de que el trabajador afectado concorra a la convocatoria de su plaza, excluyendo la posibilidad de obtener la indemnización del perjuicio sufrido y no contemplando ninguna otra medida dirigida a prevenir y sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.

B) Lo determinante para que pueda aparecer la figura del trabajador indefinido no fijo en una determinada persona jurídica empleadora, es que el trabajo en la misma pueda ser considerado como empleo público, sujeto por tanto a la aplicación del artículo 23.2 de la Constitución . Esta condición es clara en el caso de las Administraciones Públicas, pero en el caso de otras personas jurídicas que operan sujetas al ordenamiento jurídico privado tal claridad desaparece, puesto que hay que diferenciar entre aquellas personas jurídicas que, independientemente de su forma de personificación y aunque adopten forma de sociedad mercantil o fundación desempeñan funciones propias del sector público, de aquellas otras sociedades mercantiles que son simplemente propiedades (en un determinado porcentaje) de la Administración, pero no desempeñan funciones administrativas,

puesto que en estas últimas la Administración solamente es titular del capital con arreglo a la legislación privada, sin que ello las convierta en entidades públicas.

El concepto es igual al de poder adjudicador que utiliza el artículo 3.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Son poderes adjudicadores tanto las Administraciones Públicas, como todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de las Administraciones Públicas en sentido estricto, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. También lo son las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados anteriormente. Parece a esta Sala obvio que si a todos esos poderes adjudicadores les es aplicable, a la hora de celebrar cualquier tipo de contratos, un procedimiento regulado legalmente que garantice la igualdad en condiciones de concurrencia entre los aspirantes a dicha contratación, con mayor razón habrá de aplicárseles, a la hora de contratar personal, los principios de igualdad, mérito y capacidad que tienen una expresa plasmación en el texto de la Constitución española.

Pues bien, ADIF debe entenderse sujeta al artículo 23.2 de la Constitución, en primer lugar por su condición de poder adjudicador, conforme a la disposición adicional octava del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como por el artículo 3 y la disposición adicional segunda, número 6, de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Y, en segundo lugar, por cuanto la forma de personificación de ADIF es jurídico-pública, al tratarse de entidad pública empresarial de los artículos 43 y 53 y siguientes de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, conforme a lo previsto en el Real Decreto 2395/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias. Y, para el caso de estas entidades, el artículo 55.2.b de la Ley 6/1997 dispone que la selección del personal laboral no directivo de estas entidades se realizará mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Por consiguiente la institución del trabajador indefinido no fijo es igualmente aplicable en la entidad empleadora ADIF.

C) Pues bien para resolver la cuestión aquí planteada, relativa a la aplicación de las normas sobre movilidad, geográfica y/o funcional, a los trabajadores indefinidos no fijos, es preciso determinar previamente si los mismos están necesariamente vinculados a un concreto puesto de trabajo y si dicho puesto queda por ello excluido de la posibilidad de ser ofertado a otros trabajadores fijos, todo lo cual a su vez está relacionado con el problema relativo a determinar cuándo y cómo se cumple la condición resolutoria de su contrato implícita en su condición de trabajador indefinido no fijo. Lo que exige resolver una serie de cuestiones previas de naturaleza administrativa sobre el acceso al empleo público y la configuración de éste. La solución de tales cuestiones administrativas, en relación con un problema como el aquí planteado (que no es de acceso al empleo, sino de movilidad interna dentro de la empresa y, por tanto, competencia del orden jurisdiccional social), constituye una cuestión previa incidental de naturaleza administrativa del artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Social. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha confirmado la plena competencia del orden social para conocer de la materia administrativa a título incidental (sentencia del Tribunal Constitucional 171/1994) y, en relación expresamente con los actos administrativos de regularización del personal indefinido no fijo, también se ha afirmado por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (así por ejemplo, en sentencias como las de 14 de octubre de 2013, RCU 3287/2012, 22 de octubre de 2013, RCU 3291/2012, 28 de octubre de 2013, RCU 3252/2012 ó 26 de noviembre de 2013, RCU 3272/2012, entre muchas otras):

"... la solución adoptada en este punto por la sentencia recurrida es la jurídicamente correcta, y acorde con la jurisprudencia de esta Sala, sobre el conocimiento prejudicial del orden social de las cuestiones contencioso-administrativas. pues como recuerda, entre otras, las STS/IV 27-febrero-2012 (rcud 3264/2010, Sala General con voto particular) "En el presente recurso, -- y a diferencia, en su caso, de lo planteado en otros análogos que han sido resueltos por la Sala... --, no se plantea la problemática de si como presupuesto necesario para decidir sobre la validez de la extinción contractual, corresponde al orden jurisdiccional social, con base en la atribución competencial para el conocimiento de las cuestiones prejudiciales administrativas que efectúa el art. 4.1 LPL, determinar si la referida amortización se ha efectuado por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido. Extremo que ya resolvió esta Sala afirmativamente en su STS/IV 10- julio- 2000 (rcud 4145/1998, Sala General), -- seguida, entre otras, por las SSTS/IV 12-febrero-2001, 2 y 10-abril-2001 y 7-noviembre- 2001 --, en la que se establecía, esquemáticamente, que "es incorrecta la doctrina de la sentencia de contraste al sostener que, para declarar la procedencia del cese, basta con comprobar "la veracidad de la amortización de la plaza", refiriéndose con esa expresión a que el órgano judicial social sólo debe cerciorarse de que la amortización ha quedado constatada documentalmente" y que "para poder valorar con pleno conocimiento de causa si el cese

contra el que se acciona se ha producido conforme a derecho o, por el contrario, constituye un despido improcedente, se hace preciso analizar, en la medida necesaria para resolver la cuestión, si se está o no en presencia de una auténtica amortización".

D) En relación con la legislación administrativa aplicable, hemos de comenzar por recordar que el artículo 2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, incluye en su ámbito de aplicación al personal funcionario y laboral de las Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, lo que incluye por tanto a ADIF. El artículo 55 de la Ley 7/2007 establece que todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y mandata a todas las entidades a que se refiere el artículo 2 de dicha Ley para que seleccionen a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como otros que allí menciona.

La Ley 7/2007 diferencia entre el acceso al empleo público (artículos 55 a 62) y la provisión de puestos de trabajo y movilidad (artículos 78 a 84), diferencia que es básica para el litigio que nos ocupa. Mientras que el acceso al empleo público supone la adquisición de la condición de empleado público, esto es, la contratación laboral en el caso del personal laboral, la provisión de puestos de trabajo y la movilidad opera sobre quien ya está contratado y solamente implica la asignación de un puesto de trabajo concreto. Mientras que los litigios sobre el acceso al empleo público son de la competencia del orden contencioso- administrativo (sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1992, RCU 1428/1991, 11 de marzo de 1993, RCU 443/1992 ó 10 de noviembre de 1993, RCU 4150/1992, entre otras), los litigios sobre movilidad (provisión de puestos de trabajo) son de la competencia del orden jurisdiccional social.

En este sentido debemos recordar que la condición de personal laboral indefinido no fijo resulta de la vulneración de las normas sobre acceso al empleo público y no guarda relación con la eventual vulneración de las normas sobre provisión de puestos de trabajo y movilidad. Por consiguiente y de forma preliminar puede decirse que la condición de indefinido no fijo puede proyectarse sobre la estabilidad en la condición de empleado público, pero en principio no tendría incidencia sobre las normas relativas a movilidad y provisión de puestos de trabajo.

E) El ingreso del personal fijo de plantilla al servicio de las Administraciones y demás entes públicos no se produce en puestos concretos, sino que lo que se convocan para su cobertura son plazas genéricas de determinados cuerpos o escalas (en el caso de funcionarios) o categorías o grupos profesionales (en el caso de personal laboral). Así el artículo 70 de la Ley 7/2007, al regular la oferta de empleo público (mecanismo aplicable a ADIF, ver por ejemplo Real Decreto 66/2008, donde se incluyen en la oferta de empleo público del Estado las plazas de ADIF). La asignación al trabajador de un concreto puesto es un procedimiento posterior, así como la movilidad entre diferentes puestos, lo que se produce a través de los procedimientos de provisión, no de los de ingreso. Es cierto que los puestos de trabajo a los que cada trabajador está adscrito debe estar predeterminado en una relación de puestos de trabajo o instrumento análogo (artículo 74 de la Ley 7/2007), pero esa vinculación es adjetiva respecto de la relación laboral en sí misma. Esto es, la relación laboral no depende de que el trabajador permanezca en ese puesto de trabajo, puesto que primero existe la relación laboral, como consecuencia del procedimiento de ingreso al servicio de la Administración y después el trabajador va adscribiéndose a uno u otro puesto de trabajo, como consecuencia de los procedimientos de provisión.

Por el contrario, en el caso del personal temporal, la propia causalidad del contrato, que justifica su temporalidad, implica usualmente la vinculación del propio contrato a un puesto de trabajo. Ese puesto de trabajo puede estar formalizado como tal en una relación de puestos de trabajo o instrumento análogo del artículo 74 de la Ley 7/2007 (por ejemplo, en el caso de los trabajadores interinos por vacante) o puede ser un puesto de naturaleza temporal, ajeno a dichas relaciones de puestos de trabajo (por ejemplo, en el caso de trabajadores contratados para obras o servicios concretos, cuyos gastos salariales y de Seguridad Social se financian mediante el capítulo VI de los presupuestos de la Administración y no mediante el capítulo I). Pero, a la postre, lo cierto es que la adscripción al concreto puesto de trabajo es consustancial al vínculo laboral. El contrato de trabajo existe para ese puesto de trabajo y eso precisamente, por las circunstancias concurrentes en el mismo, es lo que determina la naturaleza temporal del contrato.

Pues bien, la adquisición de la condición de personal laboral indefinido no fijo supone, precisamente, la desvinculación entre la existencia del contrato laboral y un concreto puesto de trabajo. Precisamente porque se produce tal desvinculación, que niega el carácter auténticamente temporal del contrato, es por lo que el trabajador temporal se convierte en trabajador indefinido no fijo. Ello produce habitualmente la aparición de un nuevo puesto de trabajo no formalizado en una relación de puestos de trabajo, por ejemplo cuando un contratado temporal para obra o servicio se determina contratado indefinido por la inexistencia real de dicha obra o servicio con autonomía y sustantividad propias. El trabajador, convertido en indefinido no fijo, estará cubriendo un puesto de trabajo que no figura en la relación de puestos de trabajo. Su relación laboral con la Administración estará sirviendo a necesidades permanentes de ésta, quedando desvinculada de la supuesta temporalidad de un concreto servicio u obra que no era tal.

Si en el caso del trabajador temporal legal no es posible aplicar al mismo procedimientos de movilidad, voluntaria o forzosa, que lo separen del puesto de trabajo que ocupa, porque ello supondría desvincular su contrato de la causa de la temporalidad, en el caso del trabajador indefinido no fijo ya no existe tal obstáculo, porque su contrato ya ha pasado a ser indefinido y la movilidad de puesto de trabajo, forzosa o voluntaria, ningún efecto tiene sobre su relación laboral. Aunque sea trasladado de puesto de trabajo, incluso si es a petición propia y en el marco de un concurso de traslados, no se convierte por ello en trabajador fijo de pleno Derecho, sino que sigue siendo indefinido no fijo. Lo que está ocupando en la Administración de manera indebida es una plaza de una determinada categoría o grupo profesional, no un concreto puesto de trabajo.

F) La obligación de la Administración, cuando existe personal indefinido no fijo, es regularizar lo que no es sino una situación ilegal. Para ello deberá convocar por el correspondiente procedimiento de acceso (no de provisión, que es diferente) las plazas cuya existencia se haya revelado como consecuencia del reconocimiento a determinados trabajadores de la condición de personal indefinido no fijo. Y en tal caso ese personal podrá consolidar su situación, en los términos de la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, cuando sea el propio trabajador el que supere el correspondiente proceso selectivo (referencia inequívoca a procedimientos de acceso y no de provisión, puesto que, como hemos dicho, el trabajador seguirá siendo indefinido no fijo incluso si es objeto de una medida de movilidad de puesto de trabajo, forzosa o voluntaria), mientras que, por el contrario, su contrato se extinguirá cuando sea otra persona quien supere ese proceso selectivo de ingreso. Por el contrario la Administración puede optar por no realizar tal convocatoria de ingreso y amortizar las plazas, si tiene causa para ello, en cuyo caso el contrato del trabajador indefinido no fijo se extinguirá por los procedimientos de los artículos 51 y 52.c del Estatuto de los Trabajadores (sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2014, RCU 2693/2013 ó 29 de octubre de 2014, RCU 1765/2013). Desde un punto de vista prejudicial administrativo, la convocatoria de la vacante en un procedimiento selectivo de ingreso exigirá primero la regularización de las correspondientes relaciones de puestos de trabajo (o instrumentos análogos aplicables en el correspondiente organismo), si fuese necesaria y lo mismo ocurrirá para poder amortizar plazas que figurasen ya creadas en dichas relaciones o instrumentos análogos.

Ha de subrayarse que la existencia de un trabajador indefinido no fijo revela la existencia de una plaza adicional en la Administración, por lo que la cobertura de la misma exige de un procedimiento selectivo de ingreso para su cobertura, al que se refiere la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores . No sería suficiente con un procedimiento de traslados interno, que en ningún caso serviría para atender el incremento de plazas puesto de manifiesto por la existencia del trabajador indefinido no fijo. Para amortizar la plaza (más allá del concreto puesto de trabajo) sería preciso acudir a los procedimientos de los artículos 51 y 52.c del Estatuto de los Trabajadores, no bastando con trasladar a un trabajador fijo al puesto de trabajo ocupado por el trabajador indefinido no fijo y dejar sin cubrir el puesto que queda vacante por el traslado del trabajador fijo. Por tanto, para que por un concurso de traslado no se produzca una amortización, sería preciso trasladar simultáneamente (en procedimiento voluntario o forzoso) al trabajador indefinido no fijo al puesto que queda vacante como consecuencia del traslado el trabajador fijo, lo que claramente revela que el trabajador indefinido no fijo puede quedar sujeto a procedimientos de movilidad de puestos de trabajo, puesto que si no fuese así el concurso de traslado del personal fijo operaría fraudulentamente como un procedimiento de amortización de plazas fuera del marco de los artículos 51 y 52.c del Estatuto de los Trabajadores .

G) Finalmente hay que tener en cuenta 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 Constitución . 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. Pero esa circunstancia no concurre en el personal indefinido no fijo, puesto que, aunque el mismo sea trasladado, la desvinculación de su contrato con el puesto de trabajo ya se ha producido previamente y por ello la naturaleza de su contrato como indefinido no fijo no queda alterada por el traslado. 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. Por consiguiente no hay norma que impida su movilidad, ni voluntaria ni forzosa, puesto que tal movilidad no tiene efectos sobre su particular estatuto ni sobre su propio contrato.

Ahora bien, el artículo 83 de la Ley 7/2007 nos dice 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. Ello implica que son los convenios colectivos los que pueden establecer diferencias, siempre bajo la exigencia del principio de igualdad en los términos vistos. Cabe pensar que por convenio colectivo se regulase un procedimiento separado para la movilidad de los trabajadores indefinidos no fijos (por ejemplo, a las resultas de los concursos del personal fijo de pleno Derecho) o criterios, dentro del mismo concurso, para garantizar la preferencia del personal fijo de pleno Derecho a la ocupación de los puestos de trabajo existentes. Esa diferenciación, a efectos de dar preferencia para ocupar los puestos de trabajo realmente existentes a quienes han superado regularmente los sistemas de acceso al empleo público, aparece como plenamente proporcionada y justificada. Pero en todo caso debería quedar garantizando que la cobertura por personal fijo de pleno Derecho de los puestos de trabajo ocupados por laborales indefinidos no supone una extinción de los contratos de éstos, con amortización de plazas fuera de los procedimientos de los artículos 51 y 52.c del Estatuto de los Trabajadores .

Por el contrario, si el convenio colectivo, que es la norma básica en la materia, no establece procedimientos separados ni diferencias dentro del mismo procedimiento, faltará la base jurídica para excluir al personal indefinido no fijo de los concursos de traslado y demás procedimientos de movilidad voluntaria. Y esto es, precisamente, lo que ocurre en este supuesto, dado que el artículo 30 de la normativa laboral de FEVE, que es la norma colectiva aplicable, no introduce, como hemos visto, ninguna diferencia entre personal fijo de pleno Derecho y personal indefinido no fijo a efectos de los concursos de traslado.

En este punto, por tanto, ha de estimarse la demanda presentada, lo que llevará a declarar la nulidad del concurso de traslados impugnado en cuanto no permite la presentación de solicitudes por personal indefinido no fijo.

Séptimo.

Se pide igualmente la nulidad de la convocatoria por cuanto en ella se dice:

"Aunque la resolución de los traslados sea publicada, tendrá los solos efectos de información, y no producirán efecto alguno en tanto en cuanto éstos no sean expresamente comunicados a los afectados mediante el oportuno documento, o en cualquier caso con la fecha de cierre definitivo de la presente circular".

Tal disposición sería contraria al artículo 42 de la Normativa Laboral de FEVE, que dice:

"Plazo para efectuar el traslado. En el plazo máximo de 30 días desde la fecha en que deba empezar a regir la mutación por traslado voluntario o permuta, el trabajador deberá causar baja en su dependencia. Este plazo podrá prorrogarse, previa petición escrita del trabajador, en atención a causas debidamente justificadas, siempre que no lo impidan apremios de servicio. La prórroga concedida, sumada al plazo antes señalado, no podrá exceder de 60 días. A contar desde la fecha en que se notifique el cese en su dependencia el trabajador deberá tomar posesión de su nuevo destino en el plazo máximo de ocho días, abonándosele todos los conceptos durante estos días".

Es decir, lo que se dice es que la efectividad del traslado se condiciona a una notificación efectiva al afectado o al "cierre efectivo de la presente circular" (sea cuál sea el significado de esta última expresión), lo que vulneraría el artículo 42 citado (cuyo contenido literal no es controvertido entre las partes), por cuanto éste dice que el trabajador debe causar baja en su dependencia "en el plazo máximo de 30 días desde la fecha en que deba empezar a regir la mutación por traslado voluntario".

Ocurre que dicha norma, por sí misma, no establece cuál sea el elemento determinante de la fecha en que debe "empezar a regir la mutación", por lo que no puede considerarse vulnerado tal artículo, como se pretende, si no se especifica la referencia que permita determinar cuándo debe empezar a regir la mutación. El que la empresa diga que la mutación debe comenzar a regir desde la notificación al concreto trabajador en lugar de hacerlo desde la fecha en que la empresa publique la resolución de los traslados no es por sí mismo contrario a la norma invocada.

Octavo.

A continuación se pide la nulidad de la convocatoria del concurso de traslados por cuanto en la misma se contiene la siguiente cláusula:

"Con carácter excepcional, en aquellas residencias en que alguna vacante sea cubierta por personal no operativo, se podrán incrementar éstas en el mismo número que las cubiertas por este tipo de personal".

En la demanda se pretende la anulación de la convocatoria en lo relativo a dicha provisión diciendo que el texto es "bastante abierto e inconcreto, abriendo una serie de interrogantes". Pero, como ya dijimos antes, la

anulación de una convocatoria en concurso de traslados voluntario de personal laboral solamente puede hacerse en cuanto se vulnere alguna norma o precepto concreto que se imponga sobre la voluntad concordantes de las partes. No se cita norma alguna que impida a la empresa incrementar las residencias vacantes finalmente adjudicadas sobre las inicialmente previstas. Las interrogantes que se plantean solamente podrían ser resueltas una vez que se aplicara tal previsión por parte de la empresa al resolver el concurso de traslados y, en tal caso, habría de analizarse el supuesto concreto para comprobar si en el mismo se ha producido alguna actuación contraria a normas legales, reglamentarias o convencionales. El único motivo que ahora se aduce para justificar la pretensión de anulación de la convocatoria por esta causa es que "queda al libre albedrío de ADIF el decidir quién es y quién no es personal operativo" e "incrementar o disminuir las vacantes en función de lo anterior". Pero el que una empresa pueda incrementar las vacantes existentes forma parte de su potestad de organización y dirección y solamente si se invocase alguna norma que limitase tal potestad y hubiese sido infringida podría anularse la convocatoria por tal motivo.

Noveno.

No se hace imposición de costas por no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.
VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

En el procedimiento 276/2014 seguido por demanda de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CC.OO.), a la que se adhieren el Sindicato Cántabro de Asalariados del Transporte (SCAT), el Sindicato de Circulación Ferroviaria (SCF) y el Sindicato Federal Ferroviario de la Confederación General del Trabajo (CGT), contra Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), siendo partes no comparecidas el Comité General de Empresa de ADIF, el Sector Ferroviario y de Servicios Turísticos de la Unión General de Trabajadores (UGT), el Sindicato Español de Maquinistas y Ayudantes Ferroviarios (SEMAF) y el Sindicato Ferroviario Intersindical (SFI), sobre conflicto colectivo. Estimamos la excepción de falta de legitimación activa del Sindicato Cántabro de Asalariados del Transporte (SCAT). Y, en relación con el fondo del asunto, estimamos parcialmente la demanda y anulamos la Circular n.º 5/2014 de la Jefatura de Recursos Humanos de la Subdirección de Red de Ancho Métrico de ADIF, mediante la que convoca un concurso de traslados para Factor de Circulación, en cuanto excluye de la posibilidad de solicitar residencias vacantes en el concurso de traslado al personal indefinido no fijo de la empresa en igualdad de condiciones con el personal fijo.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su abogado, graduado social colegiado o representante al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art. 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el n.º 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el n.º 2419 0000 00 0276 14; si es en efectivo en la cuenta n.º 2419 0000 00 0276 14, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen Recurso de Casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2014, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.