

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 1115/2016, de 22 de diciembre de 2016

Sala de lo Social

Rec. n.º 3982/2015

**SUMARIO:**

**Xunta de Galicia. Personal laboral. Bases de concurso que establecen que los interesados en participar deben pertenecer a la categoría profesional señalada en la relación de puestos de trabajo vacantes.** Si el convenio colectivo reconoce el derecho a poder concursar a todas las vacantes del grupo profesional, se entiende que las bases contravienen el convenio, por lo que el trabajador afectado puede combatir la resolución de exclusión, aunque no hubiere impugnado en el momento de la convocatoria. Como señala la doctrina de la Sala III del Tribunal Supremo, cabe la impugnación del resultado del concurso cuando nos encontramos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, de violación de derechos fundamentales o, incluso, de mera ilegalidad.

**PONENTE:**

*Doña María Lourdes Arastey Sahun.*

**SENTENCIA**

En Madrid, a 22 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Consellería de Hacienda de la Xunta de Galicia, representado y asistido por la letrada de la Xunta de Galicia, contra la sentencia dictada el 14 de octubre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación nº 1641/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, en autos núm. 58/2013, seguidos a instancias de D<sup>a</sup> Inmaculada, contra la Consellería de Hacienda de la Xunta de Galicia. Ha comparecido como parte recurrida D<sup>a</sup> Inmaculada representada y asistida por la letrada D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> del Mar Pérez Vega.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Con fecha 30 de diciembre de 2013 el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« 1º.- Primeiro.- Inmaculada, maior de idade e con DNI nº NUM000 vén prestando como persoal laboral da Xunta del Galiza ocupando o posto NUM001, na Residencia de Maiores As Gándaras en Lugo.

**Segundo.**

A Sentenza do Xulgado do Social núm. 3 de Lugo do 18 de xaneiro de 2007, acolleu a demanda formulada por Inmaculada (clasificada no grupo IV, categoría 3ª) o considerar que lle correspondía o grupo III, categoría 99.

Terceiro.- Na RPT Inmaculada segue figurando nun posto do grupo IV, categoría 3a. A RPT foi obxecto de impugnación.

Cuarto.

Mediante a Orde de 2 de maio de 2012 (DOG 4 de maio de 2012) convocouse un concurso para a provisión de postos de traballo vacantes dos grupos I, II, III e IV de persoal laboral da Xunta de Galicia.

Quinto.

Mediante unha instancia Inmaculada solicitou participar no curso anterior, solicitando os postos 84, 105 e 1412, todos eles pertencentes ó grupo III, categorías 001, 007 e 017.

Sexto.

Mediante a Resolución do 2 de xullo de 2012 e do 27 de agosto de 2012, acordouse excluir provisional e definitivamente do concurso á actora pola causa de non pertencer ó grupo/categoría profesional dos postos traballados.

Sétimo.- No Anexo II-A do V Convenio colectivo único do persoal laboral da Xunta de Galiza figura a categoría 99 do grupo III como categoría a extinguir.

No concurso convocado, non hai posto vacante da categoría 99, grupo III.

Oitavo.- Formulada a reclamación previa, que foi rexeitada por resolución do 3 de decembro de 2012.».

En dicha sentenza aparece la siguiente parte dispositiva:

«Acollo a demanda formulada por Inmaculada contra a Consellería de Facenda de tal xeito que a Resolución do 27 de agosto de 2012 da Dirección Xeral da Función Pública non é axustada a Dereito e, en consecuencia, a actora ten dereito a participar no concurso convocado pola Orde de 2 de maio de 2012 (DOG de 4 de maio de 2012) para os postos solicitados do grupo III ós que se fai referencia neste resolución.»

**Segundo.**

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la Conselleria de Hacienda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 14 de octubre de 2015, en la que consta el siguiente fallo:

«Que con desestimación del recurso interpuesto por la XUNTA DE GALICIA, confirmamos la sentencia que con fecha 30/12/13 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo social nº Tres de los de Lugo, a instancia de Doña Inmaculada y por la que se acogió la demanda formulada».

**Tercero.**

Por la representación de la Conselleria de Hacienda se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), el recurrente propone, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 21 de julio de 2015, (rollo. 648/2014).

**Cuarto.**

Por providencia de esta Sala de fecha 31 de marzo de 2016 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

#### **Quinto.**

Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 22 de diciembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

1. La sentencia recurrida confirma la dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Lugo, de 30 diciembre 2013, en la que, estimando la demanda de la trabajadora, declara el derecho de esta a participar en el concurso convocado por la Orden de 2 de mayo de 2012 (DOG de 4 de mayo) para los puestos solicitados del Grupo III -se refiere así, a los puestos 84, 105 y 1412, pertenecientes a dicho Grupo III, categorías 001, 007 y 017 (Hecho Probado Quinto)-.

2. Acude la Xunta en casación para unificación de doctrina proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 21 julio 2015 (rollo 648/2014), con la que se da la más perfecta contradicción, pues, se trata allí de la reclamación de quien, como la actora, prestaba servicios como personal laboral de la Xunta de Galicia y, habiendo obtenido por sentencia la clasificación de Grupo III, categoría 99, participaba en el mismo concurso. Tanto la aquí demandante como la trabajadora que accionaba en aquel supuesto habían sido excluidas por la Administración demandada mediante la justificación de no pertenecer al grupo o categoría profesional de los puestos de trabajo solicitados.

Pese a tal identidad, la sentencia de contraste acoge la postura de la parte demandada con el argumento de que no se habían impugnado las bases de la convocatoria, según las cuales «los aspirantes interesados en participar en la convocatoria deberán poseer los requisitos y pertenecer a la categoría profesional señalada en la relación de los puestos de trabajo». Por el contrario, la sentencia recurrida considera que en las convocatorias posteriores a 2010 cabía la posibilidad de optar a un puesto diferente de la categoría profesional ostentada, por disponerlo así el convenio colectivo.

#### **Segundo.**

1. El recurso denuncia la infracción del art. 7.2 a) del V Convenio Colectivo Único para el personal al servicio de la Xunta, en relación con las bases I.4 y III.2 de la Orden de la Consellería de Hacienda de 2 mayo 2012.

2. En lo que aquí interesa -y sin perjuicio de la afectación por la STS/4ª de 5 mayo 2011 (rec. 30/2010), que confirmaba la STSJ Galicia de 21 enero 2010- el citado art. 7.2 a) del Convenio colectivo dispone que «En los concursos posteriores al de 2008, el personal laboral podrá concursar a todas las categorías del mismo grupo siempre que el/a interesado/a posea la titulación y demás requisitos para poder participar».

Sin embargo, la Base I.4 del concurso objeto de la presente controversia establecía que los interesados en participar deberían pertenecer a la categoría profesional señalada en la relación de puestos de trabajo vacantes.

3. Basta con la lectura comparada de ambos textos para concluir que, en efecto, tal y como sostiene la sentencia recurrida, las bases de la convocatoria se alejaban de lo dispuesto en la norma convencional aplicable necesariamente al caso al introducir una condición contraria a la que en aquélla se establecía.

4. La cuestión que se nos plantea es la de determinar si quien no impugnó en su día las bases de la convocatoria de un concurso puede ahora combatir el acto por el que se la excluye de la convocatoria en atención a una de aquellas bases con fundamento en lo dispuesto en el convenio colectivo en vigor.

Pues bien, sucede que, como hemos apuntado, las indicadas bases de la convocatoria pecaron de clara ilegalidad al desatender los requisitos que el convenio colectivo fijaba. Tal contravención afecta a la trabajadora demandante desde el momento que la condición que de forma novedosa e intempestiva introduce la convocatoria es invocada para rechazar su acceso al concurso, limitando con ello los derechos que le confería el convenio colectivo y en abierto incumplimiento de éste.

En el presente caso se da, además, la circunstancia de que la actora pertenecía a una categoría profesional (99 del Grupo III) que el propio convenio califica como categoría a extinguir, de suerte que, obviamente, nunca podrán ofrecerse ya plazas vacantes de dicha categoría, al irse amortizando a medida que queden libre las mismas.

**5.** Difícilmente cabe negar el derecho de la trabajadora a impugnar ahora su exclusión con la excusa de la falta de impugnación previa de la convocatoria.

Al respecto, rechazamos que nuestra STS/4ª de 19 de diciembre de 2006 (rcud. 2659/2005) contenga doctrina que avale esta tesis de la parte recurrente. En aquel caso nos encontrábamos ante un supuesto en que no estaba en juego la legalidad de la convocatoria, sino la doctrina de los actos propios que se aplicaba a quien decidió en su momento optar a participar en una convocatoria y, con posterioridad, pretende modular las consecuencias de dicha participación.

En este caso nos encontramos con la restricción de un derecho que una norma imperativa, como es el convenio, confería a la trabajadora y tal defecto obliga a tachar de ilícita la base de la convocatoria en cuanto afecta y restringe los derechos de la misma, sin que sea admisible el argumento de la aceptación tácita de aquellas bases.

**6.** Finalmente, hemos de hacernos eco de la doctrina seguida de modo reiterada por la Sala III de este Tribunal Supremo, según la cual, cabe la impugnación del resultado del concurso cuando nos encontramos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, de violación de derechos fundamentales o, incluso, de mera ilegalidad ( STS/3ª de 2 marzo y 22 mayo 2009 -rec. 7220/2004 y 2586/2005, respectivamente-, entre otras).

Coincidimos pues con esa doctrina, plenamente aplicable al caso y, por ello, compartimos la decisión de la sentencia recurrida, al igual que hace el Ministerio Fiscal en su informe.

### **Tercero.**

**1.** Por lo que acabamos de exponer, procede la desestimación del recurso de la Xunta de Galicia, dado que es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina ajustada a Derecho.

**2.** En virtud de lo establecido en el art. 235 LRJS, debemos imponer a la parte recurrente las costas causadas con su recurso.

## **FALLO**

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY,

por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la Consellería de Hacienda de la Xunta de Galicia contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 14 de octubre de 2015 (rollo 1641/2014) recaída en el recurso de suplicación formulado por dicha parte contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo de fecha 30 de diciembre de 2013 en los autos núm. 58/2013, seguidos a instancia de Dª Inmaculada contra la Consellería de Hacienda de la Xunta. Imponer las costas causadas con su recurso a la parte recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

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.