



Roj: **STS 1113/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1113**

Id Cendoj: **28079130042024100065**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **27/02/2024**

Nº de Recurso: **3866/2022**

Nº de Resolución: **315/2024**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Andalucía, Málaga, 9-2-2021 (rec. apelación 1186/2021),**
ATS 10224/2023,
STS 1113/2024

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 315/2024

Fecha de sentencia: 27/02/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3866/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/02/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por: MTP

Nota:

R. CASACION núm.: 3866/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 315/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.ª Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 27 de febrero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 3866/2022, sobre derechos fundamentales, interpuesto por la Junta de Andalucía, representada y defendida por la Letrada de dicha Junta, contra la sentencia dictada el 9 de febrero de 2021 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Sevilla, en el recurso de apelación n.º 1086/2022, seguido por el trámite del procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, interpuesto contra la sentencia desestimatoria dictada el día 28 de septiembre de 2021 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de los de Sevilla, en el procedimiento n.º 74/2021.

Se ha personado, como parte recurrente el Letrado de la Junta de Andalucía y como recurrido el Ministerio Fiscal y a la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) se le tuvo por decaída en su derecho al no presentar escrito de oposición.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de los de Sevilla desestimó el recurso n.º 74/2021 interpuesto por la Confederación Independiente y de Funcionarios, por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales contra la oferta de empleo publicada en la web del Servicio Andaluz de Empleo de un puesto de personal laboral Titulado Superior (Grupo I), del VI Convenio del Personal Laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía que se regía por la Instrucción 1/2021 de la Dirección- Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se establecen los criterios de ordenación general para la gestión de candidaturas en ofertas registradas en el sistema de intermediación laboral del Servicio Andaluz de Empleo y se modifica la Instrucción 3/2020, de la Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se establece el procedimiento para la gestión de las ofertas públicas de empleo.

En el recurso de apelación n.º 1186/2022 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con sede en Sevilla, dictó sentencia con este fallo:

"Que debemos estimar el recurso de apelación interpuesto por la CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSIF), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de Sevilla de fecha de 28 de septiembre de 2021, en el recurso seguido ante el mismo bajo el número 74/2021, que revocamos y, en su lugar, estimamos el recurso contencioso-administrativo contra la publicación en la web del SAE de oferta de empleo público de 10 de febrero de 2021 para puesto de personal laboral Titulado Superior (GRUPO I) del VI Convenio del personal laboral de la Administración general de la Junta de Andalucía, mediante un contrato de interinidad por sustitución por Incapacidad Temporal del sustituido, que anulamos. Sin costas."

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó recurso de casación la Junta de Andalucía, que la Sala de Sevilla tuvo por preparado por auto de 6 de julio de 2023, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas y personados la Letrada de la Junta de Andalucía, en la representación que ostenta de dicha Junta, como parte recurrente, y, como recurrido, el Ministerio Fiscal, por auto de 6 de julio de 2023, la Sección Primera de esta Sala acordó:

1º) Admitir a trámite el presente recurso de casación preparado por la Letrada de la Junta de Andalucía contra la Sentencia n.º 217/2022, de 9 de febrero, dictada por la Sección 3ª de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el Recurso de apelación 1186/2021.

2º) Precisar, al igual que hicimos en el auto de admisión del recurso de casación 2996/2022, que las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, es que se determine si, en la selección de los empleados públicos temporales tramitadas a través de los servicios de empleo de las administraciones públicas y por la que basta para la selección el cumplimiento de los requisitos específicos de la oferta de empleo público fijados por el órgano convocante y la disponibilidad, resulta compatible con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad establecer, como criterio de desempate, el relativo a la prioridad de la inscripción de los candidatos en la oferta de empleo público.



3º) Identificar como preceptos que, en principio, serán objeto de interpretación, los artículos 14 y 23 de la Constitución y el artículo 55 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las vigentes normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman".

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección, quedaron pendientes de la interposición del recurso por la parte recurrente.

QUINTO.- Por escrito de 29 de septiembre de 2023, la Letrada de la Junta de Andalucía interpuso el recurso anunciado en el que precisó las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia infringidas, señaló la pretensión deducida y los pronunciamientos solicitados y pidió a la Sala que, tras los trámites de rigor,

"dicte sentencia por la que estimando nuestro recurso, case y deje sin efecto la sentencia dictada en apelación declarando que no vulnera los derechos fundamentales la actuación administrativa impugnada."

SEXTO.- El Fiscal, evacuando el traslado conferido por providencia de 16 de octubre de 2023, interesó sentencia de inadmisibilidad del recurso por no corresponder a la Jurisdicción Contencioso- Administrativa el conocimiento del asunto debiendo remitirse a la Jurisdicción Social. De modo subsidiario, solicitó haber lugar al recurso de casación deducido en los términos recogidos en su escrito de alegaciones.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública, quedando el recurso concluso y pendiente de señalamiento.

OCTAVO.- Mediante providencia de 9 de febrero de 2024 se señaló para la votación y fallo el 13 siguiente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

NOVENO.- En la fecha acordada, 13 de febrero de 2024, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Los términos del litigio y las sentencias de instancia y apelación.*

La Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) impugnó mediante el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Sevilla, la oferta de empleo publicada por el Servicio Andaluz de Empleo el 10 de febrero de 2021 ("Personal Laboral Titulado Superior (Grupo I) del VI Convenio del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía, mediante un contrato de interinidad por sustitución por incapacidad temporal"). La razón de la impugnación fue, en esencia, considerar no ajustada a Derecho la Instrucción 1/2021, de 5 de febrero, de la Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, instrucción aplicable para la resolución de la oferta de empleo convocada. En concreto, la Instrucción 1/2021 establecía que en el supuesto de empate entre varias solicitudes debía aplicarse el criterio de la prioridad temporal en la presentación de las correspondientes solicitudes. En este asunto, por tanto, hay una impugnación indirecta de la referida Instrucción 1/2021, que se plantea con ocasión de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una oferta de empleo en que aquella debería aplicarse.

Ha de decirse que la gestión que realiza el Servicio Andaluz de Empleo, según explica la misma Instrucción 1/2021, consiste en intermediar entre las entidades públicas y privadas que presentan ofertas de empleo y las personas que presentan su candidatura a esas ofertas. Sigue explicando que el número de quienes demandan empleo es, "por lo general, superior al número de candidaturas que las entidades solicitan". Por eso, "se hace necesario disponer de un sistema que ordene de forma automática las candidaturas para preseleccionar las que serán enviadas a la entidad ofertante".

Añade el preámbulo de la Instrucción 1/2021 que, ya en 2009 se sentaron unos primeros criterios de ordenación (Instrucción 1/2009), modificados por la Instrucción 2/2011. La que fue impugnada responde al "proceso de cambio en el modelo de intermediación" en curso, que revisa "los criterios generales de ordenación,



incorporando criterios que contribuyan a seleccionar las candidaturas más idóneas para el puesto ofertado y que valoren la proactividad de las personas demandantes de empleo".

Son dos las formas previstas para la gestión de las ofertas según sea con difusión o mediante mecanismos de búsqueda en la base de datos Hermes sin difusión.

En el primer caso, los criterios de ordenación automática aplicables a las candidaturas que cumplan los requisitos imprescindibles de la oferta fijados por la Administración o entidad oferente y se hayan inscrito en ella son estos:

"1. Evaluación de criterios registrados como valorables. Si la oferta difundida tiene registrados requisitos valorables, se aplicará como primer criterio de ordenación la puntuación adjudicada automáticamente a la candidatura, tras comparar la información registrada en su demanda en el momento de la inscripción en la oferta, con los requisitos registrados como valorables en la misma.

2. El siguiente nivel de ordenación será la evaluación de disponibilidad. Las candidaturas se ordenarán atendido al mayor porcentaje de disponibilidad, en relación con la ausencia de rechazos a ofertas de empleo.

3. Como criterio de desempate, una vez aplicados los dos anteriores, se utilizará la fecha de inscripción de la persona candidata en la oferta en difusión, ordenadas de la más antigua a la más reciente.

En el segundo supuesto, los criterios de ordenación automática que se aplican para la preselección de las candidaturas que cumplan los requisitos imprescindibles de la oferta son:

"1. La evaluación de disponibilidad: las candidaturas se ordenarán atendiendo al mayor porcentaje de disponibilidad, en relación con la ausencia de rechazos a ofertas de empleo.

2. El criterio de desempate entre candidaturas que cumplan los requisitos imprescindibles de la oferta y tengan el mismo porcentaje de disponibilidad, será la fecha de solicitud de la ocupación requerida en la oferta; y si la oferta se gestiona sin ocupación, se atenderá a la fecha de inscripción de la demanda, anteponiéndose las fechas anteriores a las más recientes".

La controversia suscitada por CSIF se refería al criterio de desempate previsto en la Instrucción 1/2021 en los casos en que hay más solicitantes de empleo que ofertas del mismo.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de los de Sevilla desestimó mediante sentencia de 28 de septiembre de 2021 el recurso contencioso-administrativo n.º 74/21 en los siguientes términos:

"no estimo que el criterio de desempate en la ordenación de candidaturas impugnado y que aplica el SAE vulnere los principios de mérito y capacidad. Se puede defender que sería más respetuoso con los citados principios exigir al SAE un auténtico proceso selectivo con baremación de méritos en la ordenación de los candidatos, pero estimo con la demandada que no es ese el cometido del Servicio público de empleo. Ese proceso a quien sería exigible es a la propia Administración pública empleadora, la delegación territorial de Agricultura, pero el Decreto 27/2002 en su artículo 28.3, no impugnado, establece, para mayor agilidad, que ante la falta de candidatos en las bolsas de interinos se remita oferta genérica al SAE en solicitud de demandantes de empleo que reúnan las condiciones de idoneidad, y son estos candidatos preseleccionados a los que se les barema por la Comisión de la Administración Pública competente conforme a los criterios objetivos negociados en la mesa sectorial correspondiente."

Recurrida la sentencia, la Sección Primera de la Sala de Sevilla estimó la apelación n.º 1086/2021 de la Confederación Sindical Independiente y de Funcionarios.

Así, rechaza que la Instrucción 1/2021 sea una mera directiva interna sin transcendencia para los interesados. Por el contrario, afecta, dice:

"a todos aquellos ciudadanos que desearan presentar candidaturas en las ofertas gestionadas por el SAE".

Argumenta que,

"la excepcionalidad del procedimiento convocado no elude la necesidad de observar los anteriores principios y que la única regulación en estos procesos selectivos de los requisitos de titulación y como criterio selectivo para el acceso a las plazas convocadas el relativo al orden de prioridad en la presentación de las solicitudes de participación, no resulta compatible con los principios constitucionales de acceso a la función pública."

A mayor abundamiento, la sentencia de apelación se remite a las pautas ya observadas anteriormente por la Sección Primera de la Sala de Sevilla en anteriores pronunciamientos destacando la necesidad de observar los principios constitucionales de mérito y capacidad e insiste en que "no puede perderse de vista que nuevamente



estamos ante la regulación de los criterios de selección o priorización de candidaturas presentadas en el marco de ofertas destinadas a cubrir puestos en entidades u organismos públicos".

Y se fija en que:

"sin que culmine el proceso selectivo, la priorización de las diferentes candidaturas, si no selección, sí determina claramente su resultado, pues precisamente a ello atiende la regulación de los criterios que se contienen en la Instrucción impugnada".

Esto es,

"las candidaturas finalmente seleccionadas sí habrán debido pasar previamente el filtro de priorización que señalan los criterios regulados en la Instrucción y, entre estos, aparece recogido (el) relativo a la utilización de la fecha de inscripción de la persona candidata en la oferta en difusión, ordenadas de la más antigua a la más reciente".

El criterio de ordenar las solicitudes desde la más antigua a la más reciente en razón de la fecha de inscripción de la persona candidata en la oferta en difusión, resalta la sentencia de apelación, "resulta contrario a los principios de mérito y capacidad". Y no altera esta apreciación que, antes de acudir al desempate, haya dos criterios, estos sí conformes a esos principios, porque el de la fecha es el determinante de la prioridad.

Termina así la fundamentación de la sentencia recurrida en casación:

"En definitiva, articulando la Instrucción impugnada una fase determinante del proceso de selección de candidaturas a las ofertas públicas de empleo, como aquellas que pueden llevar al nombramiento o contratación de personas para organismos o Administraciones públicas, y no ajustándose los criterios de priorización a los principios constitucionales de mérito y capacidad, debe concluirse en los mismos términos que se pronuncia la sentencia impugnada, siendo procedente la desestimación del recurso de apelación".

SEGUNDO.- *La cuestión en que el auto de admisión aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*

Tal como se ha visto en los antecedentes, el auto de la Sección Primera que ha admitido a trámite este recurso ha advertido interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en establecer:

"si, en la selección de los empleados públicos temporales tramitadas a través de los servicio(s) de empleo de las administraciones públicas y por la que basta para la selección el cumplimiento de los requisitos específicos de la oferta de empleo público fijados por el órgano convocante y la disponibilidad, resulta compatible con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad establecer, como criterio de desempate, el relativo a la prioridad de la inscripción de los candidatos en la oferta de empleo público".

Asimismo, nos pide que para llegar a la conclusión procedente interpretemos los artículos 14 y 23 de la Constitución y el artículo 55 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

TERCERO.- *Las alegaciones de las partes.*

A) El escrito de interposición de la Junta de Andalucía.

Se fundamenta en la validez del criterio de proactividad en la selección de los empleados públicos, cuya compatibilidad con los principios constitucionales de mérito y capacidad afirma. En consecuencia, considera errónea la interpretación establecida en apelación por la Sala de Sevilla y, por eso, le reprocha la infracción de los artículos 14 y 23 de la Constitución. Al entender de la recurrente, los principios declarados por estos preceptos no prohíben la utilización del dato de la fecha de solicitud por el Servicio Andaluz de Empleo para el desempate en la priorización de las miles de solicitudes recibidas para las concretas ofertas de empleo.

Explica que no estamos ante un procedimiento de selección de personal funcionario ni interino sino ante un procedimiento residual de selección por el Servicio de Intermediación de Empleo en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Y recuerda que, conforme al artículo 28 del Decreto 2/2002, de 9 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso, promoción interna, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía se establece:

"3. Con carácter subsidiario, si no existieran aspirantes que reúnan las condiciones a que se refiere el apartado 2 de este artículo, se procederá a remitir oferta genérica al Servicio Andaluz de Empleo, en solicitud de demandantes de empleo que reúnan las mencionadas condiciones. Los candidatos serán seleccionados de acuerdo con los criterios objetivos negociados en la mesa sectorial de negociación correspondiente. En dichos criterios habrá de tenerse en cuenta el principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres".



Insiste en que el Servicio Andaluz de Empleo forma parte del Sistema Nacional de Empleo, que entre sus funciones está el servicio de colocación y de asesoramiento a empresas que comprende gestionar las ofertas de empleo vinculándolas a los usuarios que mejor se ajusten a ellas en función de su perfil y competencias. La oferta no es un acto suyo sino del órgano convocante del puesto –la Administración autonómica, una distinta, o entidades privadas– y el Servicio Andaluz de Empleo solamente la difunde y nunca culmina el proceso selectivo. La sentencia, señala, equipara erróneamente la actividad del Servicio Andaluz de Empleo de mera intermediación con los procesos selectivos.

Apunta que el Servicio Andaluz de Empleo no tuvo nada que ver con las ofertas anuladas previamente y pasa a señalar los distintos pasos en que consiste su labor de intermediación: (i) difunde, previamente a su publicación la autorización de las ofertas de empleo públicas; (ii) difunde la oferta por internet; (iii) recibe la inscripción de los interesados en el puesto que cumplan los requisitos en el plazo de cinco días siempre que estén inscritos en los servicios públicos de empleo con demanda en alta o suspensión con intermediación o de dos días; (iv) finalizado el plazo de difusión y solicitud, comprueba si cada solicitud se ajusta a los requisitos exigidos y ordena las candidaturas automáticamente conforme a los criterios generales y con comprobación de la idoneidad y disponibilidad del solicitante; (v) efectuada la ordenación, envía cartas de presentación a los candidatos y, simultáneamente, a la entidad oferente le remite el documento de solicitud de resultados con una relación de todas las candidaturas a fin de que lo devuelva con el resultado del proceso de selección; (vi) la entidad oferente convoca a los candidatos y, con intervención sindical, realiza las pruebas pertinentes para seleccionar a la persona a contratar.

El criterio de desempate se aplica para remitir a la entidad oferente, no miles de candidaturas, sino el número de ellas que hubiere solicitado.

A partir de aquí argumenta la compatibilidad de este procedimiento con los principios constitucionales en razón de que: (i) el desempate previsto responde al principio de proactividad en la búsqueda de empleo; (ii) todos los aspirantes conocen o pueden conocer el anuncio de la inminente publicación de ofertas de empleo público; (iii) el criterio de desempate solamente juega una vez aplicados los otros dos: el de titulación, formación y experiencia y el de la disponibilidad; (iv) la anterior Instrucción 3/2020 ya preveía la misma solución para el desempate y la vigente hoy, la 2/2021, que sustituyó a la recurrida para ofrecer mayor seguridad jurídica en la función intermediadora, prevé que se haga mediante dos valores aleatorios generados de forma automática para cada oferta, dados a conocer con su publicación.

Así, a igualdad de requisitos, criterios valorables y disponibilidad, antes se elegían las candidaturas de quienes más tiempo llevaban solicitando empleo y con la Instrucción 1/2021 las de quienes se hayan mostrado más proactivos respecto de la oferta concreta. El desempate por antigüedad, continúa diciendo, penalizaba a quienes hubieran estado ocupados por breves períodos de tiempo frente a quienes no hubieran tenido ocupación y desincentivaba la aceptación de ofertas de empleo. La proactividad, resalta, valora a quien busca activamente empleo y demuestra interés los procesos selectivos. Los criterios aplicados –antigüedad en el desempleo, proactividad o aplicación de factores aleatorios– no presentan, concluye, diferencias objetivas desde el punto de vista de la igualdad, mérito y la capacidad. Responden a distintos criterios de política social en los programas de inserción.

B) El escrito del Ministerio Fiscal

Considera, reiterando las razones que expresó en su dictamen sobre la competencia de esta Sala de 22 de mayo de 2023, que el conocimiento de la cuestión aquí ventilada corresponde a la Jurisdicción Social. La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dice, no sería entonces competente para el conocimiento del presente recurso.

Afirma en su escrito que, subsidiariamente, para el caso de que no se declare la inadmisibilidad del recurso por fatal de jurisdicción, procede declarar haber lugar al recurso de casación deducido, anulando y revocando la sentencia de la Sala de Sevilla, conforme a la doctrina ya declarada por la Sala del Tribunal Supremo en su sentencia 661/2023, de 23 de mayo, recurso de casación n.º 2996/2022.

CUARTO.- *El juicio de la Sala. La estimación del recurso de casación y la revocación de la sentencia dictada en apelación.*

A) Sobre la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Según hemos visto, el Ministerio Fiscal ha planteado la inadmisibilidad del recurso de este recurso de casación por falta de competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo ya que, sostiene, correspondería a la Jurisdicción Social.

Desde luego, la de la competencia de la jurisdicción es una cuestión de orden público que puede plantearse en cualquier momento del proceso. No obstante, no consta que el Ministerio Fiscal, cuya intervención en



el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales es preceptiva, la suscitara ni desde luego lo ha hecho en los recursos de casación de contenido idéntico al presente hemos resuelto con anterioridad [sentencias n.º 48/2024, de 15 de enero (casación n.º 3794/2022); n.º 47/2024, de 15 de enero (casación n.º 338/2022); n.º 1763/2023, de 21 de diciembre (casación n.º 4579/2022); n.º 1685/2023, de 13 de diciembre (casación n.º 6690/2022); n.º 1433/2023, de 14 de noviembre (casación n.º 2988/2022); n.º 1415/2023, de 13 de noviembre (casación n.º 4829/2022); n.º 1142/2023, de 11 de octubre (casación n.º 8058/2022); n.º 661/2023, de 23 de mayo (casación n.º 2996/2022).

Es verdad que la razón principal que lleva al Ministerio Público a sostener que debe ser la Jurisdicción Social la que conozca de este asunto es sobrevenida, pues se debe la declaración de inconstitucionalidad del artículo 3 f) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, por la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 145/2022. A esa razón se añade la relacionada con la naturaleza laboral de la plaza a que se refería la oferta de empleo impugnada en la instancia.

Recordemos que el precepto de la Ley 36/2011 declarado inconstitucional decía que, entre las materias excluidas del conocimiento de la Jurisdicción Social, figuraban:

"f) Los actos administrativos dictados en las fases preparatorias, previas a la contratación de personal laboral para el ingreso por acceso libre, que deberán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo".

Ahora bien, la declaración de inconstitucionalidad no se debió a razones sustantivas, sino meramente formales: ese apartado f) fue introducido en la Ley 36/2011 por la Ley 22/2021, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2022, y evidentemente no puede considerarse materia presupuestaria. De ahí que el Tribunal Constitucional, de acuerdo con su doctrina, lo declara disconforme a la Constitución. Por otra parte, aunque la plaza ofertada en este caso fuera de personal laboral, el pleito, tal como se ha visto, versa sustancialmente sobre la Instrucción 1/2021 del Servicio Andaluz de Empleo.

De ahí que la Sala no advierta la falta de competencia de este orden jurisdiccional de igual modo que no se ha apreciado en los procesos correspondientes a los recursos mencionados.

A la postre, se debatía en ellos y se debate en este la conformidad a Derecho de las sentencias que consideraron contrario a los principios de mérito y capacidad el criterio de desempate establecido por la Instrucción 1/2021 del Servicio Andaluz de Empleo entre las solicitudes de empleo recibidas para ofrecer a entidades públicas o privadas que las demandan. Y tanto la oferta concreta cuanto la Instrucción son actuaciones de una Administración Pública sujetas a Derecho Administrativo y, en consecuencia, comprendidas en el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción.

De aceptar el planteamiento del Ministerio Fiscal nos encontraríamos con que, discutiéndose de actuaciones administrativas que aplican la Instrucción 1/2021, que no puede considerarse un acto preparatorio de la contratación, de manera sobrevenida se dividiría su enjuiciamiento y, en su caso, el de las sentencias que al respecto se dictaran entre las dos jurisdicciones cuando, además, ya ha sentado jurisprudencia al respecto esta Sala.

Así, pues, procede rechazar la inadmisibilidad opuesta por el Ministerio Fiscal.

B) La estimación del recurso de casación y la desestimación del recurso de apelación

A continuación, y antes de pronunciarnos sobre las pretensiones de las partes, debemos precisar que la intermediación que efectúa el Servicio Andaluz de Empleo, relevante a los efectos de este litigio, es exclusivamente la que realiza respecto de ofertas de empleo procedentes de las Administraciones Públicas, no la que pueda llevar a cabo respecto de las procedentes de entidades privadas. Igualmente, se ha de añadir que la derogación de la Instrucción 1/2021 no priva de objeto a este recurso: al contrario, lo conserva, pues sigue siendo necesario establecer si, como ha dicho la Sección Primera de la Sala de Sevilla, es contraria a Derecho o si, por el contrario, según mantiene la Junta de Andalucía y la sentencia del Juzgado, no incurre en la infracción de los principios constitucionales de constante cita.

Tal como hemos visto, todo se reduce al criterio de desempate previsto en la Instrucción 1/2021, a si entraña o no la vulneración de los principios constitucionales que han de observarse en el acceso al empleo público.

La labor del Servicio Andaluz de Empleo no consiste en seleccionar a los empleados públicos, sino en casar las ofertas con las demandas del mismo en los términos antes resumidos. No le corresponde seleccionar a quienes deban acceder al empleo público por lo que, en principio, no está sujeta a los principios constitucionales y legales que han de presidir la selección de los empleados públicos. Esto no significa, sin embargo, que en su tarea de casar ofertas y solicitudes de empleo pueda actuar de forma que condicione o impida el juego de dichos principios.



Esto es lo que reprocha a la Instrucción 1/2021 la recurrente en la instancia y advierte en ella la sentencia de apelación.

No comparte la Sala ese parecer por las razones que, a continuación, exponemos.

Según la Instrucción 1/2021, antes de acudir al polémico desempate, las solicitudes de empleo se ordenan por los criterios registrados como valorables y por la evaluación de disponibilidad. Hay acuerdo en que unos y otra son coherentes con los principios de igualdad, mérito y capacidad. El desempate, por tanto, solamente juega en supuestos en que la aplicación de los anteriores factores arroja el mismo resultado para una pluralidad de solicitantes de empleo. Esto es, el desempate ha de hacerse entre quienes por titulación, formación, experiencia y disponibilidad alcanzan una misma valoración y nada impide que tal coincidencia se produzca entre solicitudes presentadas en distintos momentos dentro del plazo establecido ni que sean las últimas las que la reflejen en lugar de las primeras.

En otras palabras, la aplicación de los criterios de la Instrucción coherentes con los principios constitucionales de constante cita, conduce a que determinadas solicitudes, con independencia de cuándo se presentaran dentro del plazo previsto para ello, reciban una misma valoración.

Si todas las solicitudes de empleo recibidas en plazo son sometidas a los criterios valorables y a la evaluación de disponibilidad, y como consecuencia de unos y otra, un determinado número de ellos obtiene la misma valoración, no parece que acudir al momento de su presentación para escoger las que sumen el número de las solicitadas por la oferente, bien inicialmente, bien en un momento posterior, merezca el reproche de ser contrario a los principios constitucionales. No la merece porque, precisamente, la igualdad que requiere el desempate se ha establecido mediante factores que no se discuten desde la perspectiva de la igualdad, el mérito y la capacidad. O sea, el desempate en virtud de la prioridad en la presentación de la solicitud no se traduce en preferencia para quien no deba tenerla sino entre solicitudes que, desde esos parámetros sustantivos, han recibido una misma valoración.

Otra cosa sería que los factores que llevan al empate no respondieran a ellos, pero no es esto lo que sucede según apreciación común de las partes.

En consecuencia, la sentencia dictada en apelación incurre en la infracción denunciada por el escrito de interposición de la Junta de Andalucía y debe ser anulada. Las mismas razones llevan a que, situados en la posición de la Sala de apelación, debamos desestimar el recurso de la CSIF y confirmar la sentencia del recurso contencioso-administrativo n.º 74/2021 del Juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 2 de Sevilla.

QUINTO.- *La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión.*

De acuerdo con cuanto acabamos de decir, la respuesta a la cuestión que nos ha sometido el auto de admisión ha de ser que el servicio de empleo en su labor de intermediación puede servirse como criterio de desempate de la prioridad en la presentación de solicitudes para una determinada oferta procedente de las Administraciones Públicas siempre que a la igualdad que lo hace necesario se haya llegado mediante la aplicación de criterios coherentes con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

SEXTO.- *Costas.*

A tenor de lo establecido por el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y con las comunes por mitad en el recurso de casación. No se hace imposición de las de la apelación y la instancia por las dudas suscitadas por la cuestión controvertida.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación efectuada en el fundamento cuarto,

(1.º) Dar lugar al recurso de casación n.º 3866/2022 interpuesto por la Junta de Andalucía contra la sentencia dictada el 9 de febrero de 2022 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Sevilla y anularla.

(2.º) Desestimar el recurso de apelación n.º 1086/2021 interpuesto por la Confederación Sindical Independiente y de Funcionarios contra la sentencia de 28 de septiembre de 2021 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de los de Sevilla dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de los de Sevilla en el recurso n.º 74/2021 interpuesto por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) contra la Oferta de empleo publicada por el Servicio Andaluz de Empleo el 10 de febrero de 2021 ("Personal Laboral Titulado Superior (Grupo I) del VI Convenio del personal laboral de la Administración general de la Junta de Andalucía, mediante un contrato de interinidad por sustitución por incapacidad temporal").



(3.º) Estar respecto de las costas a los términos del último de los fundamentos.

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

Así se acuerda y firma.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ