

Sentencia de la sala tercera del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2023(rec.2996/2022)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 661/2023

Fecha de sentencia: 23/05/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2996/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/05/2023

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

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.1

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

Transcrito por: MTP

Nota:

R. CASACION núm.: 2996/2022

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. 661/2023

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 23 de mayo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 2996/2022, sobre derechos fundamentales, interpuesto por la Junta de Andalucía, representada y defendida por la Letrada de dicha Junta, contra la *sentencia dictada el 16 de noviembre 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 1041/2021*, seguido por el trámite del procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, contra la dictada el *1 de septiembre de 2021 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de los de Sevilla, que estimó el recurso n.º 201/2021, formulado contra 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.

Se ha personado, como recurrida, la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), representada por la procuradora doña Yolanda Reinoso Mochón y defendida por la letrada doña Marta Jiménez Bermejo.

Ha comparecido el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación n.º 1041/2021, seguido por el trámite del procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con sede en Sevilla, contra la *sentencia dictada el 1 de septiembre de 2021 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de los de Sevilla, que estimó el recurso n.º 201/2021, formulado contra 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, el *16 de noviembre de 2021 se dictó sentencia cuya* parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que debemos **desestimar** el presente recurso de apelación. Se imponen las costas a la apelante, con un límite de 300 €";

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó recurso de casación la Junta de Andalucía, que *la Sala de Sevilla tuvo por preparado por auto de 21 de marzo de 2022* , 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, la procuradora doña Yolanda Reino Mochón, en representación de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), como recurrida, y el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad, por *auto de 11 de octubre de 2022 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 de fecha 16-11-2021 dictada por la Sala de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que desestima el Recurso de Apelación nº 1041/2021* , interpuesto por la Letrada de la Junta de Andalucía, contra la *sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Sevilla de fecha de 1-9-2021 (recurso nº 201/21)* , seguido por el trámite del procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, que estimaba el recurso contencioso-administrativo formulado frente a 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, que anulaba.

2º) Precisar 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 5 de diciembre de 2022, 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 estime el recurso de casación y, en su virtud, anulando la sentencia de instancia, desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo".

SEXTO.- El Fiscal, evacuando el traslado conferido por diligencia de ordenación de 17 de enero de 2023, manifestó que la respuesta a la cuestión planteada debe ser que el criterio de desempate, relativo a la prioridad de la inscripción de los candidatos en la oferta de empleo público, no respeta los principios de mérito y capacidad. Y solicitó a la Sala la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida, "en cuanto que es acorde con la doctrina que se propugna".

Por su parte, la procuradora doña Yolanda Reinoso Mochón, en representación de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), en virtud de lo expuesto en su escrito de oposición de 22 de febrero de 2023, pidió a la Sala que

"se dicte sentencia en la que declarando no haber lugar al recurso de casación confirme la sentencia impugnada en todos sus términos, con expresa condena en costas a la apelante".

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 21 de marzo de 2023 se señaló para la votación y fallo el 16 de mayo siguiente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

NOVENO.- En la fecha acordada, 16 de mayo de 2023, 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 la Instrucción 1/2021 de la Dirección General 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. Dicha Instrucción modificó la anterior Instrucción 3/2020.

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 por CSIF 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 1 de los de Sevilla estimó mediante su sentencia de 1 de septiembre de 2021 el recurso contencioso-administrativo n.º 201/2021* y anuló la Instrucción 1/2021. Antes, rechazó las causas de inadmisibilidad opuestas por la Administración andaluza: de un lado, ser la Instrucción 1/2021 una resolución dictada en el ámbito de la organización administrativa que no trasciende a los ciudadanos pues se aplica únicamente en el seno del Servicio Andaluz de Empleo. De otro lado, la falta de legitimación de CSIF habida cuenta de que sus estatutos contemplan entre sus fines el de defender y fomentar los intereses profesionales de los funcionarios y los supuestos de intermediación de que trata la Instrucción 1/2021 no afectan a funcionarios.

Sobre el fondo, sostuvo el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que el criterio de desempate --la prioridad en la solicitud del empleo ofertado-- es contrario a los principios constitucionales de mérito y capacidad. No entró, en cambio, en la alegación de la demanda sobre la omisión de la negociación con los sindicatos de la Instrucción por entender que se trataba de una cuestión de legalidad ordinaria.

Recurrida la *sentencia, la Sección Primera de la Sala de Sevilla desestimó la apelación n.º 1041/2021* de la Junta de Andalucía. En los fundamentos de la que es objeto de este recurso de casación confirma el parecer del Juzgado, tanto en lo que respecta a las causas de inadmisibilidad alegadas por la Junta de Andalucía, cuanto en lo relativo a la cuestión sustantiva.

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". Y la legitimación de CSIF la ve por la necesidad de defender los intereses profesionales de los funcionarios a los que representa y a la vista de que esta organización sindical admite como afiliados a los empleados públicos, a los trabajadores en activo de los diferentes sectores económicos, a los trabajadores autónomos que no tengan a otros a su servicio, a los trabajadores en régimen de cooperativa o autogestión y a los trabajadores en paro, entre otros. Sus afiliados, insiste, no tienen por qué ser funcionarios.

Por lo que hace a la anulación del criterio de desempate, la sentencia de apelación se remite a las pautas ya observadas anteriormente por la Sección Primera de la Sala de Sevilla en las que llama "convocatorias COVID" y consisten en 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 efectuada por el Juzgado y confirmada 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,

"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, en 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 en el servicio público. Los criterios aplicados --antigüedad en el desempleo, proactividad o aplicación de factores aleatorios-- no presentan, concluye, diferencias objetivas desde el punto de vista del mérito y la capacidad. Responden a distintos criterios de política social en los programas de inserción.

B) El escrito de oposición de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF).

Nos dice, en primer lugar, que el escrito de interposición reitera los argumentos que la Junta de Andalucía hizo valer ante el Juzgado y en la apelación y que en casación se ha de respetar la apreciación de los hechos efectuada en la instancia. Llama la atención igualmente sobre el silencio de la recurrente en casación sobre la legitimación de CSIF y sobre la impugnabilidad de la Instrucción 1/2021.

Después resalta dos incongruencias que advierte en las alegaciones de la Junta de Andalucía: persistir en la defensa de una Instrucción derogada y mantener que no estamos ante un proceso selectivo. Considera falsa esta última apreciación porque todas las convocatorias publicadas conforme a la Instrucción 1/2021, han sido declaradas nulas por vulneración de los principios constitucionales,

Señala que es el Servicio Andaluz de Empleo el que publica la oferta de empleo y selecciona a los precandidatos que posteriormente envía a la Consejería o Delegación Territorial para la selección definitiva. De ahí que no se pueda decir, como lo hace el escrito de interposición, que el Servicio Andaluz de empleo no efectúa ninguna selección. Y se pregunta ¿de qué modo pueden velar las Delegaciones Territoriales el cumplimiento de los principios constitucionales si no participan en esa preselección? Pone al respecto el ejemplo de que para cubrir un puesto se presenten cinco mil solicitudes y, tras la preselección, se remitan al órgano oferente solamente cinco o seis.

C) El parecer del Ministerio Fiscal.

Propugna la desestimación del recurso de casación porque entiende, con la *sentencia impugnada* y con la *del Juzgado que el criterio de desempate establecido por la Instrucción 1/2021* es contrario a los principios de mérito y capacidad.

Llega a esta conclusión tras resumir el pleito y exponer el procedimiento previsto en la Instrucción 1/2021 y la jurisprudencia en materia de desempate. Entiende que la labor del Servicio Andaluz de Empleo no puede verse como ajena o desvinculada del proceso de integración por dos motivos principales: porque su intervención está sometida a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad establecidos por el artículo 55 del Estatuto Básico del Empleado Público y su actividad

es determinante de que se produzca o no una posibilidad de integración. Insiste el Ministerio Fiscal en que el Servicio Andaluz de Empleo no remite al oferente todas las solicitudes recibidas sino el número de las pedidas por dicho oferente de puestos de trabajo, bien inicialmente, bien a resultas de una nueva petición de éste.

Mientras que los dos primeros criterios, insiste, sí están alineados con el mérito y la capacidad el de desempate debe ser valorado en su casuística concreta y se fija en la doctrina sobre la integridad de los plazos administrativos a partir de la cual afirma que la Administración no puede hacer público un plazo para el desarrollo de una actividad por parte del administrado y luego aparejar consecuencias tan radicales y decisivas como las presentes según que la actuación del administrado se desarrolle en un lapso u otro de tiempo. La cláusula de desempate, concluye, supone una diferencia de trato entre quienes cumplieron con el plazo de presentación de solicitudes que no está relacionada ni con el mérito ni con la capacidad. La alegada proactividad es una justificación sin contenido pues solamente consiste en ""azuzar" a los ciudadanos sin ton ni son".

En definitiva, la cláusula de desempate, relativa a la prioridad de la inscripción de los candidatos en la oferta de empleo público no respeta, para el Ministerio Fiscal, los principios de mérito y capacidad.

CUARTO.- *El juicio de la Sala. La estimación de los recursos de casación y de apelación y la desestimación del recurso contencioso-administrativo.*

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 lleve 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 han dicho el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de los de Sevilla y la Sección Primera de la Sala de esta ciudad y defiende el Ministerio Fiscal, es contraria a Derecho o si, por el contrario, según mantiene la Junta de Andalucía, 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 controversia gira exclusivamente en torno a este punto ya que ni la Junta de Andalucía ha insistido en las causas de inadmisibilidad que adujo en la instancia y en la apelación ni la CSIF ha hecho salvedad de su alegación sobre falta de negociación de la Instrucción 1/2021.

La labor del Servicio Andaluz de Empleo no consiste en seleccionar a los empleados públicos, sino 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 advierten en ella las sentencias del Juzgado y de apelación y el Ministerio Fiscal.

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. No hay, pues, la desigualdad a la que se refiere el Ministerio Fiscal pues no se prevé la exclusión de ninguna solicitud por presentarse después que otras.

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 estimar el recurso de la Junta de la Andalucía, anular la *sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de los de Sevilla y desestimar el recurso contencioso-administrativo n.º 201/2021* de la CSIF.

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 2996/2022 interpuesto por la Junta de Andalucía contra la *sentencia dictada el 16 de noviembre 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* y anularla.

(2.º) Estimar el recurso de apelación n.º 1041/2021 interpuesto por la Junta de Andalucía contra la *sentencia de 1 de septiembre de 2021 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de los de Sevilla* y anularla.

(3.º) Desestimar el recurso n.º 201/2021 interpuesto por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) contra la Instrucción 1/2021 de la Dirección General 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.

(4.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.