



- 7 OCT. 2013

4311/00

RECURSO CASACION Num.: 1707/2012

Votación: 25/09/2013

Ponente Excmo. Sra. D^a.: Celsa Pico Lorenzo

Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

D. LUCIANO ROSCH NADAL
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
C/ Capitán Haya, 35 - 8 ^a B
28020 MADRID
Tel. 915 588 985 - Fax: 915 588 986

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: SÉPTIMA**

SENTENCIA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. José Manuel Sieira Míguez

Magistrados:

- D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez**
- D. Nicolás Maurandi Guillén**
- D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva**
- D^a. Celsa Pico Lorenzo**
- D. José Díaz Delgado**
- D. Vicente Conde Martín de Hijas**

En la Villa de Madrid, a dos de Octubre de dos mil trece.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 1707/12 interpuesto por la Letrada de la Junta de Andalucía en nombre y representación de la Junta de Andalucía contra la



sentencia de fecha 20 de febrero de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, Sección 1ª, en el recurso núm. 415/2011, seguido a instancias de la Asociación Al Andalus de empleados públicos de la Junta de Andalucía, la Asociación Defiendo Mi Derecho y la Gestión Pública, y Dª María Dolores de la Haba Barbero y otros para la protección de los derechos fundamentales contra el Decreto 96/2011, de 19 de abril por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo. Ha sido parte recurrida D. Roberto Chávez Pérez representado por el Procurador de los Tribunales D. Luciano Bosch Nadal, la Asociación Al Andalus representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Beatriz Sordo Gutierrez y el Ministerio Fiscal .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 415/11 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, Sección 1ª, se dictó sentencia con fecha 20 de febrero de 2012, que acuerda: "Que, rechazadas las alegaciones de inadmisibilidad, debemos estimar y estimamos la pretensión subsidiaria del presente Recurso interpuesto por ASOCIACION AL ANDALUS DE EMPLEADOS PUBLICOS DE LA JUNTA DE ANDALUCIA, ASOCIACION DEFIENDO MI DERECHO Y LA GESTION PUBLICA, DOÑA JUSTA Y OTROS, contra el Decreto de la Junta de Andalucía nº 96/2011, de 19 de abril, BOJA nº 83, de 19 de abril de 2011, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo, citado en el Fundamento Primero, y declaramos la nulidad de su *Disposición Adicional Segunda por vulneración de los Derechos Fundamentales garantizados en los artículo 14y 23.2 de la Constitución Española*. Sin costas".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la Junta de Andalucía se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 27 de julio de 2012 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de



los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- La representación procesal de D. Luciano Rosch Nadal, por escrito de 23 de noviembre de 2012 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

La representación procesal de la Asociación Al Andalus, por escrito de 29 de noviembre de 2012 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

El Ministerio Fiscal, por escrito de 30 de noviembre de 2012 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

QUINTO.- Por providencia de 10 de septiembre de 2013 se señaló para votación y fallo para el 25 de septiembre de 2013, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. **CELSA PICO LORENZO**, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Letrada de la Junta de Andalucía en nombre y representación de la Junta de Andalucía interpone recurso de casación 1707/2012 contra la sentencia estimatoria de fecha 20 de febrero de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, Sección 1^a, en el recurso núm. 415/119, por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales, promovido por la Asociación "Al Andalus de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía", la Asociación "Defiendo Mi Derecho y la Gestión Pública", y D^a María Dolores de la Haba Barbero y doña María Dolores de la Haba Barbero, don Fernando Rodríguez de Viguera, doña Áurea Buenosvinos Marín, don Rafael Delgado Romero, don Juan Antonio Chaves Repiso, don Cristóbal Aguilar Galán, doña María Amparo Morte Montoro, don Heliodoro Español Romero, doña María Juana Jiménez Cabeo, don Galo Cano Cano, don Juan Alcántara Otero, don Juan José Rodríguez-Carretero Aranda, doña Alicia Bas Izquierdo, doña Concepción Escabias Bancalero, doña



Carmen Flores García, doña María Dolores Vera Moya y don Francisco Jesús Casas Ruíz.

La sentencia (completa en Cendoj Roj: STSJ AND 12468/2012) acoge en su integridad la fundamentación jurídica utilizada por la misma Sala en el recurso contencioso administrativo 414/2011 formulado por los mismos recurrentes que aquí frente al Decreto 103/2011, de 19 de abril por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales. (La citada sentencia fue revocada por este Tribunal Supremo al estimar el recurso de casación 6191/2011 y desestimar el recurso contencioso administrativo mediante Sentencia de esta Sala y Sección de 21 de enero de 2013).

SEGUNDO.- 1. Un primer motivo invoca el apartado a) del artículo 88.1 de la LJCA por incurrir en exceso de jurisdicción con infracción de los arts. 1.1 y 3ª) LJCA y 1.2. TRLPLaboral y arts. 9.1. 4, 5 y LOPJ.

Afirma reitera los argumentos utilizados ya en el recurso de casación contra la sentencia reproducida por la Sala de instancia.

Considera que la sentencia incurre en exceso de jurisdicción porque se introduce en extremos de naturaleza laboral cuyo conocimiento corresponde al orden social.

La disposición adicional segunda del Decreto anulado es, para la Junta de Andalucía, una mera aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

1. 2. La representación de don Roberto Chaves formaliza en plazo escrito de oposición haciendo suyos los 8 motivos de recurso de la Junta de Andalucía a los que añade un noveno al amparo del art. 88. 1. c) LJCA por lesión de los arts. 19.1.1, 45.5 y 33.2. CE tras lo cual pide sea casada la sentencia recurrida, se declare la falta de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y subsidiariamente se declare nula o se desestime por los distintos motivos expresados.

1.3. La representación de la Asociación "Al Andalus de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía", la Asociación "Defiendo Mi Derecho y la



Gestión Pública" más las personas físicas indicadas en el FJ primero muestran su oposición al primer motivo.

Alegan, con amplia cita jurisprudencial, que no incurre en exceso de jurisdicción.

1.4. El Ministerio fiscal pide la desestimación del primer motivo.

Refuta que la sentencia incurra en el exceso de jurisdicción que se le imputa. Razona que la disposición adicional segunda y el Decreto 96/2011 que la incluye se enmarcan en un conjunto de actos realizados al amparo de potestades administrativas que configuran la nueva Agencia.

2. Un segundo motivo, también al amparo del art. 88. 1. c) LJCA, sostiene que es incongruencia e infracción de los artículos 33.1 y 65.2 LJCA porque declara nula la disposición adicional segunda del Decreto 96/2011 por una causa no invocada: la infracción del principio de igualdad y del derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad y conforme a los principios de publicidad, mérito y capacidad.

Afirma que lo que alegado fue la infracción del artículo 23.2 de la Constitución en la vertiente o de provisión de puestos de trabajo.

2.1. La representación de la Asociación "Al Andalus de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía", la Asociación "Defiendo Mi Derecho y la Gestión Pública" más las personas físicas indicadas en el FJ primero asimismo rechazan el segundo motivo.

Niega el vicio de incongruencia si bien previamente considera es inadmisibile. Aduce que no hay coherencia entre el apartado al que se acoge y la consecuencia que asigna a su estimación el artículo 95.2 c) de la LJCA --la retroacción de las actuaciones--, por una parte, y el suplico del escrito de interposición, por otra, pues pide la casación de la sentencia, la declaración de la falta de competencia de la jurisdicción o, subsidiariamente, la desestimación de la demanda.

En todo caso, rechaza que la sentencia sea incongruente pues responde a lo que se planteó por las partes en el proceso.



2.3. También el ministerio fiscal objeta el vicio de incongruencia.

3. Un tercer motivo, asimismo al amparo del art. 88. 1. c) LJCA, invoca infracción de los artículos 120.3 CE y 218 LEC y causa la indefensión proscrita por el artículo 24 CE ya que no cumple las exigencias de motivación.

Razona que es contradictoria por haber incorporado la anterior sentencia cuyo fundamento sexto, al referirse a la legitimación de los recurrentes dice que el Decreto impugnado afecta a su derecho de acceso, promoción y traslado lo que no conecta con la legitimación de los recurrentes con el objeto del procedimiento.

3.1. La representación de la Asociación "Al Andalus de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía", la Asociación "Defiendo Mi Derecho y la Gestión Pública" más las personas físicas indicadas en el FJ primero tampoco acepta el tercer motivo. Defiende que la sentencia está motivada y no ha habido indefensión alguna.

3.2. Asimismo el ministerio fiscal considera motivada la sentencia impugnada.

4. Al amparo del art. 88. 1. d) LJCA sostiene vulneración de los artículos 19 y 69 b) LJCA. A su entender ninguno de los recurrentes está legitimado para impugnar el Decreto 96/2011.

Arguye que es una disposición de carácter organizativo que no puede ser impugnada por los funcionarios públicos, los cuales no tienen derecho a petrificar la estructura de la Administración. Y el hipotético derecho a desempeñar determinadas funciones u ocupar determinados cargos no es un interés garantizado por la Ley como inherente a la condición funcional ni consta su desconocimiento por la disposición adicional segunda.

4.1. La parte recurrente en instancia, ahora recurrida, refuta asimismo este motivo. Afirma que todos los recurrentes están legitimados y, además, se suscita una cuestión nueva.



Recalca que la Junta de Andalucía solamente cuestionó en la instancia la de los recurrentes que actuaban a título individual aunque, en la pieza de ~~medidas cautelares se refiriera en general a todos. Añade que, de considerar~~ la Administración que concurrían causas de inadmisión, debió solicitarla en la contestación a la demanda y no lo hizo.

5. Un quinto motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA alega infracción del art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el artículo 9 de la Constitución.

Sostiene que al limitarse el Decreto 96/2011 a reiterar la disposición adicional cuarta 1 b) de la Ley 1/2011, no cabe afirmar que el fallo no depende de la validez de esta última.

Adiciona, la Junta de Andalucía que la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, nº 26, de 16 de enero de 2012, es desestimatoria del recurso 546/2011 dirigido contra el Decreto 101/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los estatutos de la Agencia de Servicios y Dependencia de Andalucía, cuya disposición adicional segunda es idéntica a la del cuestionado en este proceso. Invoca en el motivo que en dicha sentencia se señala que no puede la Sala de instancia revisar la constitucionalidad de la Ley 1/2011 y que "no se alcanza a comprender en qué medida de dicha regulación [la de la disposición adicional segunda] puede concluirse que los principios de igualdad, mérito y capacidad han sido conculcados (...)".

Concluye la administración recurrente que ante la identidad de previsiones, la Sala de Sevilla debió o plantear la cuestión de inconstitucionalidad o desestimar el recurso.

4.2. El cuarto debe ser desestimado también según el ministerio fiscal.

Objeta que la integración dispuesta por la disposición declarada nula sí incide en la provisión de puestos de trabajo y tienen legitimación los actores en la instancia porque, de acordarse esa nulidad, el personal al que se refiere no podría quedar integrado y las vacantes quedarían todas a disposición del personal funcionario o laboral de la Junta de Andalucía mediante los correspondientes procesos de provisión.



5.1. La representación de la Asociación "Al Andalus de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía", la Asociación "Defiendo Mi Derecho y la Gestión Pública" más las personas físicas indicadas en el FJ primero tampoco acepta el tercer motivo.

Opone que es inadmisibile ya que articula simultáneamente dos infracciones, la del artículo 9 de la Constitución y la del artículo 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Adiciona que otra causa de inadmisibilidad es que debió interponerse por el cauce del artículo 88.1 c) de la LJCA.

Concluye que, en todo caso, no podría prosperar porque solamente el Ministerio Fiscal se refirió, subsidiariamente, al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y, de haberse desestimado el recurso, podría haber formalizado el de casación, precisamente, por no haberse promovido la cuestión. Subraya que la sentencia no pone en duda la constitucionalidad de la norma y los tribunales están facultados para inaplicar las normas de rango inferior a la Ley contrarias a la Constitución.

En cuanto a la sentencia de la Sala de Málaga sostiene que obvia la cuestión objeto de este recurso: el acceso como personal laboral (empleado público) de la Administración institucional de la Junta de Andalucía para lo que no hay previsión en la Ley 1/2011.

5.2. El ministerio fiscal también interesa su desestimación.

Razona que no infringe el ordenamiento jurídico la decisión de la Sala de Sevilla de no plantear la cuestión de inconstitucionalidad ya que es una prerrogativa exclusiva del órgano judicial no revisable en casación.

6. Un sexto motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA invoca la indebida aplicación de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución.

Con apoyo en la STSJ Andalucía, con sede en Málaga mantiene que la disposición declarada nula no vulnera los derechos reconocidos en esos



preceptos, ni de los demandantes ni de terceros. E insiste, por esa razón, en la falta de legitimación de los ahora recurridos.

6.1. La representación de la Asociación "Al Andalus de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía", la Asociación "Defiendo Mi Derecho y la Gestión Pública" más las personas físicas indicadas en el FJ primero también pide la desestimación del sexto motivo.

Defiende que la sentencia de la Sala de Málaga incurre en un error sustancial que resuelve correctamente la dictada por la Sala de Sevilla. No se trataba de las previsiones para acceder a la Administración General de la Junta de Andalucía, respecto de lo que no discuten lo dispuesto por la Ley y por el Decreto, sino del acceso a la Administración Institucional, aspecto sobre el que, subrayan, nada dice la Ley y pasa por alto la sentencia de la Sala de Málaga.

6.2. Los motivos sexto, séptimo y octavo los afronta el Ministerio Fiscal conjuntamente.

Considera que se refieren a las distintas perspectivas que ofrece lo que reputa cuestión nuclear, esto es si la disposición declarada nula infringe el principio de igualdad y el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución interesando finalmente su estimación.

Responde negativamente a la pregunta porque dicha disposición no afecta al derecho de los recurrentes al acceso al empleo público sino al de promocionarse profesionalmente. Arguye que ese derecho, de menor protección que el de acceder a la función pública, es, al igual que éste, de configuración legal pero, precisamente por ser menos intensa su garantía, la Administración cuenta con mayor margen respecto de su ejercicio. En esa configuración legal interviene la Ley 1/2011 y, también, el Decreto 96/2011.

Razona que no alcanza a comprender cuál sea el fundamento jurídico que sirva de soporte a la tesis de la Sala de instancia de que la anulada Disposición Adicional Segunda no halle su engarce legal en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 1/2011 y que esta última no resulte, al menos, indirectamente, aplicable al caso.



Defiende tiene razón la Junta de Andalucía cuando pone de manifiesto que la norma reglamentaria no tiene sustantividad propia sino que lo que hace ~~es desarrollar con apoyo en la legal anterior el mandato que esta última establece.~~

Arguye que si estamos ante un derecho de configuración legal y ésta resulta de la Ley 1/2011, o la norma legal es contraria al artículo 23.2 CE --lo que rechaza por la gran discrecionalidad de que dispone la Administración a la hora de establecer los cauces de promoción profesional de su personal-- o, si no lo es para la Sala de instancia, entonces tampoco lo será la disposición adicional segunda del Decreto 96/2011 porque carece de sustantividad propia.

Añade que lo pretendido por los actores en la instancia es una tutela cautelar de su derecho a la promoción profesional frente a una eventual vulneración del mismo no producida aún, porque al momento de recurrir ninguna actuación dirigida a la provisión de vacantes se había realizado.

Completa su escrito el Ministerio Fiscal manifestando que la Sala de instancia ha resuelto el recurso como si estuviera en un proceso ordinario: ha analizado *in abstracto* esa disposición sin identificar el derecho fundamental afectado.

Subraya que ha puesto en relación el contenido de la Disposición Adicional Segunda y el mecanismo de integración del personal laboral previsto en la misma con los principios generales consagrados en el Estatuto Básico del Empleado Público para el acceso al empleo público. Recalca que tampoco se han descrito cuáles han podido ser los concretos perjuicios que tal Disposición Adicional ha causado al derecho a la promoción profesional de los recurrentes.

Tras ello el Ministerio Fiscal propugna la estimación de estos motivos conjuntamente estudiados.

Insiste en que el personal cuestionado ya tenía la condición de empleado público, ya estaba sujeto al Estatuto Básico del Empleado Público antes de que se aprobara la Ley 1/2011 y se dictara el Decreto 96/2011.



Defiende la desestimación de los recursos contencioso administrativos formulados en instancia restableciendo la plena validez del Decreto 96/2011, ~~19 de abril en lo que se refiere a su D.A. primera.~~

7. Un séptimo motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA alega infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 9 y 103 de la Constitución y la indebida aplicación del artículo 55 y concordantes del Estatuto Básico del Empleado Público.

Reitera que la disposición declarada nula no hace más que materializar las consecuencias de la sucesión empresarial regulada en ese artículo 44.

7.1. La representación de la Asociación "Al Andalus de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía", la Asociación "Defiendo Mi Derecho y la Gestión Pública" más las personas físicas indicadas en el FJ primero también pide la desestimación del motivo.

Sostiene acreencia manifiesta de fundamento y, por tanto, es inadmisibile, sin perjuicio de que, en cuanto al fondo, tampoco pueda prosperar ya que la aplicación del art. 44 ET queda excluida del ámbito propio de la jurisdicción contencioso administrativa.

8. Un octavo, al amparo del art. 88. 1. d) LJCA, defiende conculcación del artículo 47.1.1º del Estatuto de Autonomía para Andalucía y el artículo 148.1.1ª de la Constitución porque desconoce la potestad de autoorganización de la Comunidad Autónoma.

8.1 La representación de la Asociación Al Andalus de empleados públicos de la Junta de Andalucía, la Asociación defiendo mi derecho y la gestión pública más las personas físicas indicadas en el FJ primero también pide la desestimación del octavo motivo.

Objeta que la potestad de autoorganización no justifica la vulneración de las normas de acceso a la función pública.

TERCERO.- Procede despejar lo primero que la representación procesal de don Roberto Chavez no se personó como parte recurrente en el



recurso de casación por lo que al darle traslado del recurso de casación , conforme al art. 94 LJCA, cabía que formalizara por escrito su oposición al recurso pero no que se adhiriera al mismo peticionando la estimación del recurso como, en realidad, ha efectuado.

De no estar conforme con la sentencia recurrida por la Junta de Andalucía debía haber preparado el correspondiente recurso de casación y no limitarse a personarse en las actuaciones como hizo ante la Sala de Andalucía.

No cabe subsanar aquella omisión utilizando el trámite de oposición al recurso de casación de una manera que desnaturaliza su razón de ser.

La anterior conducta significa eludir el cumplimiento de lo preceptuado en los arts. 89, 92 y 94.1 LJCA, tal cual se dijo en STS 13 de junio de 2012, rec. casación 365/2009 lo que no es aceptable como se ha reiterado en STS de 29 de mayo de 2013, recurso de casación 761/2012.

CUARTO.- Tal como hicimos en la STS de esta Sala y Sección de 21 de enero de 2013, recurso de casación 6191/2011 frente a la sentencia que había anulado la Disposición Adicional Segunda del Decreto 103/2011 vamos a seguir el orden establecido por la Junta de Andalucía.

Nos ocupamos lo primero de los motivos que sostienen el exceso de jurisdicción, la incongruencia y falta de motivación de la sentencia, motivos interpuestos, respectivamente, conforme a los apartados a) (primero) y c) (segundo y tercero) de la LJCA.

Ninguno de ellos puede prosperar.

Es claro que la sentencia no incurre en el exceso de jurisdicción que se le atribuye. No se adentra en el ámbito reservado al orden jurisdiccional social.

Al margen de la relación de la disposición adicional segunda del Decreto 96/2011 con el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, lo cierto es que estamos ante una disposición general que se ocupa del régimen de



una agencia pública en el contexto de la reordenación del sector público andaluz.

El Decreto 96/2011 lo dicta la Junta de Andalucía en el ejercicio de sus potestades públicas y versa sobre la organización de su Administración. Por tanto, es revisable por los tribunales de lo contencioso-administrativo.

El segundo motivo no es inadmisibile pues no padece el defecto que se le atribuye.

No colisiona el suplico de la Junta de Andalucía con la invocación del apartado c) del artículo 88.1 de la LJCA ya que su artículo 95.2.c) nos dice que, de estimarse el así interpuesto, deberán reponerse las actuaciones pero no cuando el vicio de la sentencia afecte a sus normas reguladoras pues, en tal caso, el Tribunal Supremo la casará y resolverá lo que corresponda en los términos que apareciere planteado el debate.

Aquí lo que se reprochaba a la sentencia era la vulneración de las normas que la regulan.

No obstante, no advertimos la incongruencia por exceso que denuncia la Junta de Andalucía. La sentencia se mueve dentro de las pretensiones de las partes: como dice el Ministerio Fiscal, los actores en la instancia combatían la integración del personal cuestionado en la Agencia del Servicio Andaluz de Empleo (ASAE) y a eso responde la sentencia.

La motivación de la sentencia no es incoherente.

La explicación que da sobre la legitimación de los recurrentes no entra en contradicción con las razones por las que no procede entrar en lo relativo al ejercicio de potestades administrativas por el personal laboral que debe integrarse en la ASAE. Se trata de cuestiones diferentes.

Además, la sentencia no se olvida de conectar la legitimación de los recurrentes con los derechos fundamentales que invocan. Esa conexión la establece, aunque, como veremos, no sea acertada.



QUINTO.- La misma suerte desestimatoria que los anteriores han de seguir los motivos cuarto y quinto, interpuestos por la Junta de Andalucía conforme al artículo 88.1.d) de la LJCA.

Los recurrentes, asociaciones de empleados públicos y los que intervienen por sí mismos, están legitimados para recurrir contra el Decreto 96/2011.

El carácter esencialmente organizativo del Decreto cuestionado no lo impide y, desde el momento en que, como la sentencia aprecia, puede, en principio, afectar a su promoción profesional la integración del personal cuestionado en la Agencia del Servicio Andaluz de Empleo.

Por tanto, más allá de que la contestación a la demanda se refiriera solamente a una parte de los actores, el motivo no puede prosperar.

No es inadmisibile el quinto motivo. Aunque aduzca la vulneración de dos preceptos plantea una sola infracción: la que consiste en no haber planteado la Sala de Sevilla la cuestión de inconstitucionalidad.

Sin embargo, esta Sala no considera que la sentencia infrinja los artículos 9 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. No se aparta de ellos la Sala de instancia porque este último y, antes, el artículo 163 de la Constitución, conceden al tribunal un margen de apreciación para decidir si la norma legal de cuya validez depende el fallo es o no contraria a la Constitución.

En este caso, el llamado a resolver hizo ese juicio de relevancia con el resultado conocido. Otra cosa es el acierto de su conclusión cuyo enjuiciamiento no pasa, sin embargo, por la alegación de la infracción de estos preceptos y, en particular, del artículo 35 citado sino por la de los preceptos del texto fundamental con los que entre en contradicción la Ley de la que la disposición reglamentaria es mera aplicación.

SEXTO.- Los motivos sexto, séptimo --que no carece de fundamento porque la disposición adicional declarada nula aplica el artículo 44 del Estatuto



de los Trabajadores-- y octavo del recurso de la Junta de Andalucía, al igual que ha hecho el Ministerio Fiscal, debemos abordarlos conjuntamente.

Resulta certero que todos ellos combaten la sentencia desde las distintas perspectivas a que da lugar y plantean el juicio sobre el fondo del litigio.

Los tres deben prosperar.

Tras la exposición que hemos hecho de los antecedentes normativos, del contenido de la sentencia, de las posiciones de las partes y, en especial del criterio del Ministerio Fiscal, no es preciso extenderse en exceso para poner de manifiesto las razones que llevan a acogerlos.

La sentencia, en efecto, desconoce que el personal cuestionado ya tenía condición de empleado público antes de que el Decreto 96/2011, en estricto cumplimiento de la Ley 1/2011, dispusiera su integración en la ASAE porque así resulta de los artículos 2.1, 8.1 c) y de la disposición adicional primera del Estatuto Básico del Empleado Público.

La FAFPE y los Consorcios UTEDLT eran entes de derecho público con personalidad jurídica propia, por lo que su personal, regido por el ordenamiento laboral, estaba ya dentro del ámbito de aplicación de este texto legal. Nada añaden al respecto, por tanto, ni la Ley 1/2011, ni el Decreto 96/2011.

De otro lado, la disposición adicional segunda de este último carece de sustantividad jurídica como bien dicen el Ministerio Fiscal y las Administraciones recurrentes. Se limita a cumplir en sus términos la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011. Nada le añade ni quita. Por tanto, si la Sala de Sevilla no dudó de la constitucionalidad de esta última, debió desestimar el recurso contencioso-administrativo porque limitándose a su estricto cumplimiento, al ser constitucional la Ley, el Decreto no podía infringir los artículos 14 y 23.2 de la Constitución.

Además, de ningún modo pueden, disposición adicional segunda incluida, afectar al derecho al acceso a la función pública de quienes



recurrieron en la instancia pues ya forman parte de ella bien como funcionarios, bien como personal laboral.

No es una obviedad, por otro lado, establecer expresamente que ese personal de los entes instrumentales suprimidos que se integra en la Agencia del Servicio Andaluz de Empleo solamente podrá pasar a la función pública de la Administración General de la Junta de Andalucía o a su personal laboral si supera los correspondientes procesos selectivos.

La anterior salvedad señala el camino que habrán de seguir quienes, integrados ya en la ASAE deseen dar ese paso. Y, mientras no lo hagan seguirán como empleados públicos en la ASAE --que es a la que circunscriben la Ley y el Decreto la integración-- de igual modo en que lo estaban ya en los desaparecidos Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo y Consorcios UTEDLT. El párrafo segundo de la disposición adicional segunda recalca, pues, el sentido de la integración. Mejor dicho, reitera los límites dentro de los que tiene lugar.

En consecuencia, todo se reduce a la incidencia que tienen las normas legales y la disposición reglamentaria en el derecho de los actores a la promoción profesional o, más en concreto, a la provisión de los puestos que no ocuparían quienes proceden de los entes instrumentales suprimidos si es que fuera contraria al ordenamiento jurídico su integración en la ASAE. En este punto, hay que coincidir nuevamente con el Ministerio Fiscal.

El derecho del que se trata, ciertamente, es de configuración legal y a ella contribuye la Ley 1/2011 que, como ya sabemos, el Decreto 96/2011 se limita a cumplir en sus términos. Configuración que, tratándose no ya del acceso a la función pública sino del desarrollo de la carrera administrativa, permite mayores márgenes a la Administración a la hora de organizar la forma de provisión de los puestos de trabajo.

La solución seguida por el legislador en este caso no nos suscita dudas de constitucionalidad porque, como resalta el Ministerio Fiscal, se mueve dentro de ese espacio y lo hace, además, ateniéndose, sin variarla, a la situación existente.



Es decir, manteniendo en la condición que ya tenía al personal cuestionado (FAFFE y Consorcios UTEDLT) con la única diferencia de que ~~ahora pasa a serlo de la ASAE. Así, quienes eran empleados públicos del~~ primero, entidad pública, siguen siéndolo, ahora de la segunda, entidad pública igualmente, sin que por la integración controvertida pasen a formar parte de la función pública ni del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

En fin, de nuevo hay que coincidir con el Ministerio Fiscal cuando indica que la integración dispuesta por la disposición adicional segunda del Decreto 96/2011, en estricto cumplimiento de la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, no supone por sí misma ninguna lesión concreta y actual de ese derecho a la promoción profesional de los actores en la instancia sino, en todo caso, eventual y futura pues no sólo no hace empleados públicos a quienes no lo fueran ya sino, también, porque no implica ninguna actuación dirigida a sustraerles puestos de trabajo determinados a cuya provisión, de otro modo, hubieran podido aspirar.

A idéntica conclusión se llegó en las STS de 25 de marzo de 2013, rec. de casación 1197/2012 y 1326/2012 desestimatorias de los recursos formulados contra sentencias desestimatorias dictadas por la Sala de Málaga del TSJ Andalucía frente a las impugnaciones contra el decreto 92/2011 de 19 de abril.

Por tanto, descartadas las lesiones al principio de igualdad y al derecho de los actores a acceder y permanecer promocionándose profesionalmente en el empleo público, en razón de cuanto hemos dicho, debemos anular la sentencia impugnada y, a la hora de resolver el recurso contencioso-administrativo, conforme nos exige el artículo 95.2 d) de la LJCA hemos de desestimarlo.

SEPTIMO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la LJCA no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,



FALLAMOS

1º Que ha lugar al recurso de casación interpuesto con el nº 1707/2012 por la representación procesal de la Junta de Andalucía contra la sentencia dictada el 20 de febrero de 2012, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla en el recurso contencioso administrativo 415/2011, que anulamos.

2º Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo nº 415/2011, interpuesto por la ASOCIACIÓN AL ANDALUS DE EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, la ASOCIACIÓN DEFIENDO MI DERECHO Y GESTIÓN PÚBLICA y por doña María Dolores de la Haba Barbero, don Fernando Rodríguez de Viguera, doña Áurea Buenosvinos Marín, don Rafael Delgado Romero, don Juan Antonio Chaves Repiso, don Cristóbal Aguilar Galán, doña María Amparo Morte Montoro, don Heliodoro Español Romero, doña María Juana Jiménez Cabeo, don Galo Cano Cano, don Juan Alcántara Otero, don Juan José Rodríguez-Carretero Aranda, doña Alicia Bas Izquierdo, doña Concepción Escabias Bancalero, doña Carmen Flores García, doña María Dolores Vera Moya y don Francisco Jesús Casas Ruiz, contra el Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los estatutos del Servicio Andaluz de Empleo, publicado en el BOJA nº 83 de 29 de abril de 2011.

3º Que no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos



PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Secretaria, certifico.

LexNet

Mensaje LexNet - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201310032988832		
Asunto	Resolución		
Remitente	Órgano Judicial	TRIBUNAL SUPREMO CONTENCIOSOS/ADMIVO. SALA 3A. SECCION 7A. de Madrid (Madrid [2807913007])	
	Tipo de órgano	T.S. SALA DE LO CONTENCIOSO	
	Oficina de registro	TRIBUNAL SUPREMO OF.REG. Y REPARTO CONTENCIOSOS/ADMIVO. (2807913007)	
Destinatarios	ROSCH NADAL, LUCIANO [22]		
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	
Fecha-hora envío	07/10/2013 13:25		
Adjuntos	00005141942013280791300732.RTF(Principal)		
Datos del mensaje	Tipo procedimiento	008	
	Nº procedimiento	0001707/2012	
	Detalle de acontecimiento	NOTIFICACION	
	NIG	2807913320120002869	

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
07/10/2013 13:39	ROSCH NADAL, LUCIANO [22]	LO RECOGE	
07/10/2013 13:31	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid (Madrid)	LO REPORTE A	ROSCH NADAL, LUCIANO [22]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid

(*) Todas las horas referidas por LexNet son de ámbito Peninsular.