



Roj: **STS 4269/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:4269**

Id Cendoj: **28079140012019100796**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2019**

Nº de Recurso: **3006/2017**

Nº de Resolución: **853/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **3006/2017**

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 853/2019

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D.^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D.^a. María Lourdes Arastey Sahún

D.^a. Concepción Rosario Ureste García

En Madrid, a 10 de diciembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Francisco Miguel Nieto Villena, en nombre y representación de D. Hernan , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Málaga, de fecha 5 de julio de 2017, recaída en el recurso de suplicación núm. 598/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Málaga, dictada el 21 de diciembre de 2016, en los autos de juicio núm. 828/2015, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Hernan , contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE BENALMÁDENA y D. Íñigo , siendo partes interesadas D. Jon , D. Justino y MINISTERIO FISCAL, sobre derecho y cantidad.

Han sido partes recurridas el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE BENALMÁDENA, representado por el Letrado D. Javier Martín-Gamero Verdú y D. Íñigo , representado por el Letrado D. Juan Antonio Ruiz Vergara.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de diciembre de 2016, el Juzgado de lo Social nº 7 de Málaga, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo desestimar y desestimo la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por **D. Hernan** frente a Exmo Ayuntamiento de Benalmádena y D. Íñigo , así como en concepto de interesados de D. Jon y D. Justino sobre DERECHOS, y debo declarar y declaro declaramos la FALTA DE JURISDICCIÓN DEL ORDEN SOCIAL para conocer de la pretensión deducida en la



demanda, advirtiendo a las partes que la competencia corresponde al orden contencioso- administrativo de la jurisdicción".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " **PRIMERO.-** En el Ayuntamiento de Benalmádena desde el 9 de abril de 2014 existía una bolsa de trabajo de oficial conductor. El primero de la lista era el sr Justino , el segundo puesto lo ocupaba el sr Jon , el tercero el sr. Hernan y el séptimo puesto lo ocupaba el sr Íñigo .

SEGUNDO.- El Ayuntamiento había elevado consulta al INSS al objeto de proceder a la contratación de trabajador mediante contrato de relevo que revistan la condición de funcionario interino. Se evacuó informe del Director Provincial del INSS señala que quien cese voluntariamente de forma inmediata en condición de funcionario interino no puede ser contratado porque no es trabajador desempleado, debiendo certificarse por el órgano administrativo que su cese se debió a la finalidad de la causa que motivó su nombramiento. Ahora bien si está en la lista de espera o bolsa de trabajo de funcionario interino sí es desempleado porque no tiene aún un derecho adquirido sino una expectativa de derecho. Por último señalando que el contrato de relevo está pensado para personal laboral no funcionario interino y a quien no es posible contratar . Consta el citado informe en f.8 y 9.

TERCERO.- El 25 de agosto de 2015 en decreto de 18 de junio de 2015 se acuerda que D. Victoriano acceda a su jubilación parcial con reducción de un 75% de su jornada acordándose celebrar la contratación de D Saturnino como oficial conductor desde esa fecha hasta el 5 de noviembre de 2020 como indefinido a jornada completa.

CUARTO.- Finalmente el contrato firmado con D. Íñigo era indefinido a tiempo completo pero se recoge en una cláusula del mismo " de acuerdo con el sistema de clasificación profesional vigente en la empresa que reduce su jornada ordinaria de trabajo y su salario en un 75% por acceder a la situación de jubilación parcial regulada en el real decreto ley 5/13 de 15 de marzo , ha suscrito con fecha de 21 de abril de 2015 y con efectos desde el 25 de agosto de 2015 y hasta el 5 de noviembre de 2018 el correspondiente contrato a tiempo parcial registrado en el servicio público de empleo de Benalmádena con el num NUM000 y con fecha de 21/08/2015" Consta nómina de septiembre en f.41.

QUINTO.- D. Íñigo había estado inscrito en el SAE como demandante de empleo desde el 18 de agosto al 26 de agosto de 2015. D. Jon desde el uno de octubre de 2014 al 9 de julio de 2015 y desde el 23 de septiembre de 2015 al 17 de marzo de 2016. D Justino desde 21 de diciembre de 2012 al 22 de septiembre de 2104. D Hernan desde y desde 16 de septiembre de 2014 al 5 de mayo de 2015 , desde el 11 de mayo al 16 de octubre y el 16 de octubre de 2015 al 15 de enero de 2016.

SEXTO.- D. Jon , D. Hernan y D. Juan Enrique fueron nombrados funcionarios interinos con motivo de refuerzo de personal en la temporada estival y con fechas del 18 de mayo al 14 de septiembre de 2015, tomando posesión el actor como funcionario interino el 18 de mayo de 2015 como oficial conductor II.

SÉPTIMO.- El Ayuntamiento tiene listado de bolsa de trabajo en informe de la sección de personal donde figuran los siete primeros como ocupados: el sr Justino desde 4 de junio de 2014, sr Jon desde 18 de mayo de 2015, sr Hernan desde 18 de mayo, sr Justino desde el 18 de mayo, sr Hernan desde el 18 de mayo, sr Victoriano desde uno de diciembre de 2014 y el séptimo el sr Íñigo desde el 24 de agosto de 2015. Consta en f.211 Consta en f.195 certificado de tiempos en que el actor ha prestado servicios para el Ayuntamiento y nómina del mes de agosto de 2015 en f.202. **OCTAVO.-** Se presenta reclamación previa por el actor el 24 de septiembre de 2015.

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Hernan , formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Málaga, dictó sentencia en fecha 5 de julio de 2017, recurso 598/2017, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por D. Hernan , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº siete de Málaga de fecha 21 de diciembre de 2016, recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por dicho recurrente contra D. Íñigo , D. Justino , D. Jon , Excmo Ayuntamiento De Benalmadena Y Ministerio Fiscal sobre derechos y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, sin costas."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Málaga, el letrado D. Francisco Miguel Nieto Villena, en nombre y representación de D. Hernan , interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Málaga el 21 de diciembre de 2016, recurso 1556/2016.



QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por las partes recurridas, EXCMO. AYUNTAMIENTO DE BENALMÁDENA y Íñigo , se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 10 de diciembre de 2019, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1.- La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina se ciñe a resolver si el orden social de la jurisdicción es competente para conocer de un asunto en el que se plantea el derecho preferente del demandante a ser contratado con contrato de relevo, por jubilación parcial de un trabajador, teniendo en cuenta el puesto que ocupa en la Bolsa de trabajo del Ayuntamiento de Benalmádena.

2.- El Juzgado de lo Social número 7 de Málaga dictó sentencia el 21 de diciembre de 2016, autos número 628/2015, desestimando la demanda formulada por D. Hernan frente al EXMO. AYUNTAMIENTO DE BENALMÁDENA y D. Íñigo , y en concepto de interesados, D. Jon y D. Justino . Sobre DERECHOS, declarando la falta de jurisdicción del orden social para conocer de la pretensión deducida en la demanda, advirtiendo a las partes que la competencia corresponde al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción.

Tal y como resulta de dicha sentencia, en el Ayuntamiento de Benalmádena existía desde el 8 de abril de 2014, una bolsa de trabajo de oficial conductor, siendo el primero de la lista D. Justino , el segundo D. Jon , el tercero D. Hernan y el séptimo D. Íñigo . El 25 de agosto de 2015 en decreto de 18 de junio de 2015 se acuerda que D. Victoriano acceda a su jubilación parcial con reducción de un 75% de su jornada acordándose celebrar la contratación de D. Saturnino como oficial conductor desde esa fecha hasta el 5 de noviembre de 2020, como indefinido a jornada completa. Finalmente el contrato firmado con D. Íñigo era indefinido a tiempo completo pero se recoge en una cláusula del mismo "de acuerdo con el sistema de clasificación profesional vigente en la empresa que reduce su jornada ordinaria de trabajo y su salario en un 75% por acceder a la situación de jubilación parcial regulada en el real decreto ley 5/13 de 15 de marzo, ha suscrito con fecha de 21 de abril de 2015 y con efectos desde el 25 de agosto de 2015 y hasta el 5 de noviembre de 2018 el correspondiente contrato a tiempo parcial registrado en el servicio público de empleo de Benalmádena con el num NUM000 y con fecha de 21/08/2015". D. Jon , D. Hernan y D. Juan Enrique fueron nombrados funcionarios interinos con motivo de refuerzo de personal en la temporada estival y con fechas del 18 de mayo al 14 de septiembre de 2015, tomando posesión el actor como funcionario interino el 18 de mayo de 2015 como oficial conductor II.

3.- Recurrida en suplicación por el Letrado D. Francisco Miguel Nieto Villena, en representación de D. Hernan , la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, dictó sentencia el 5 de julio de 2017, recurso número 598/2017, desestimando el recurso formulado.

La sentencia, invocando lo resuelto por la misma Sala, recurso de suplicación 1488/2013, entendió que la competencia para conocer la cuestión planteada corresponde al orden Contencioso Administrativo. La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"En ello, inicialmente hay que referir que la doctrina judicial vigente sobre la materia - sentencias del Tribunal Supremo de fechas 12.05.2011, 21.11.2011, 21.12.2011, entre otras-, al tiempo de delimitar el Orden Jurisdiccional competente para conocer de las controversias atinentes a la provisión de puestos en el empleo público, viene a atribuir de manera incuestionable al Orden Contencioso-Administrativo el conocimiento de la impugnación de concursos de promoción externa (no interna) para la selección de personal laboral para las Administraciones públicas empleadoras, siendo competencia del Orden Social la impugnación de concursos internos. Impugnándose en caso de autos una resolución administrativa sujeta al derecho administrativo, y que no ha sido dictada en proceso alguno de cobertura de vacante de empleo público mediante proceso de promoción interna, para evidente que la jurisprudencia anterior determina que el presente Orden Social carece de competencia para conocer de la misma. Pero es que si alguna duda pudiera albergarse sobre el particular habría de entenderse disipada por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16.12.2009 -recurso 1418/2009-, en la que se examinaba una pretensión sustancialmente idéntica a la de autos relativa al reconocimiento del derecho que se invocaba por un empleado a ser contratado por parte de una Administración Pública en función de la posición ocupada en la bolsa de empleo correspondiente".

4.- Contra dicha sentencia se interpuso por el Letrado D. Francisco Miguel Nieto Villena, en representación de D. Hernan , recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, el 21 de diciembre de 2016, recurso número 1556/2016.



El Letrado D. Javier Martín-Gamero Verdú, en representación del AYUNTAMIENTO DE BENALMÁDENA, y el Letrado D. Juan Antonio Ruiz Vercara, en representación de D. Íñigo , han impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser estimado.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, el 21 de diciembre de 2016, recurso número 1556/2016, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por D. ABG frente a la sentencia de fecha 13 de junio de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social número 9 de los de Málaga, en autos seguidos a instancia de dicho recurrente contra el Ayuntamiento de Marbella y otros, declarando la nulidad de la sentencia recurrida y de todas las actuaciones posteriores, reponiendo las actuaciones al momento anterior a su dictado a fin de que la Magistrada a quo, con libertad de criterio, dicte nueva resolución en la que, despejada la excepción de falta de competencia del orden social de la jurisdicción, entre a conocer del fondo de la cuestión que le ha sido planteada.

Consta en dicha sentencia que el actor está incluido en la Bolsa de trabajo de operarios de recogida de residuos sólidos urbanos del Ayuntamiento de Marbella. El actor había suscrito dos contratos temporales con el Ayuntamiento de Marbella, de carácter eventual por acumulación de tareas. El 6-11-15 el Ayuntamiento de Marbella dictó decreto de Alcaldía, por el que se resuelve proceder a la contratación laboral de duración determinada por acumulación de tareas como operarios y por tiempo de 6 meses y con efectos de la firma del contrato a los Sr que a continuación se indican, todos ellos integrantes de la bolsa de trabajo. De los llamados de la bolsa de trabajo, dos trabajadores están por encima del actor, con mayor puntuación y el resto con menor puntuación. La bolsa de trabajo no contiene bases específicas para el llamamiento.

La sentencia, reproduciendo la sentencia de esta Sala de 28 de abril de 2015, consigna que: "La cuestión relativa a las bolsas de trabajo en la Administración Pública, en palabras de nuestra sentencia de 7 de febrero de 2003 (Rec. 1585/02), "había sido resuelta por esta Sala de manera contradictoria, hasta que, para unificar criterios y dar una respuesta uniforme a estos supuestos, se convocó la Sala General que emitió dos sentencias, ambas de 14 de octubre de 2000 (recursos 3647/1998 y 5003/1998), en las que se acogió la tesis que ya había sostenido la Sala de Conflictos de este Tribunal en sus autos de 6 de marzo de 1.996 y 26 de junio de 1.998"

<La doctrina unificada por las mencionadas sentencias del Pleno de la Sala, seguida luego por otras, como la ya mencionada de 7 de febrero de 2003 (R. 1585/02) y la de 3 de mayo de 2006 (R. 642/05), atribuye el conocimiento de estas cuestiones al orden jurisdiccional contencioso administrativo. (...)

<Esta doctrina de la Sala puede entenderse modificada por la entrada en vigor de la disposición contenida en la letra n), del art. 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), que atribuye a esta jurisdicción el conocimiento de las "demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional".

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se examina la reclamación formulada por sendos trabajadores, que están incluidos en la bolsa de trabajo de su respectivo Ayuntamiento -Benalmádena en la sentencia recurrida, Marbella en la sentencia de contraste- que reclaman su derecho a ser contratados por el Ayuntamiento con preferencia a los otros trabajadores a los que el Ayuntamiento ha contratado, al entender que tienen mejor puesto en la bolsa de trabajo. Las sentencias enfrentadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que el orden social de la jurisdicción no es competente para conocer de la cuestión planteada, la de contraste proclama la competencia del orden social para conocer de dicha cuestión.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

4.- Tal y como ha puesto de relieve la sentencia de esta Sala de 1 de octubre de 2019, recurso 1600/2017, nos encontramos ante una cuestión de claro carácter procesal en la que está en juego la propia competencia del órgano judicial. Al respecto conviene poner de relieve la flexibilidad aplicada por esta Sala de casación en orden a determinar la concurrencia del requisito o presupuesto de contradicción de sentencias ex art. 219.1 LRJS cuando se trata de infracciones procesales que pudieran generar indefensión se evidencia en nuestras sentencias de 1 de junio de 2016 (rcud. 3241/2014); 11 de marzo de 2015 (rcud 1797/2014), 7 de abril de 2015 (rcud 1187/2014), que se remiten al Acuerdo adoptado en Pleno no jurisdiccional de



fecha 11-02-2015 sobre el requisito de la contradicción en materia de infracciones procesales respecto del recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se decidió que "Al analizar la contradicción en materia de infracciones procesales se exigirá siempre la concurrencia de la suficiente homogeneidad en la infracción procesal respectiva, con objeto de que se pueda examinar una divergencia de doctrinas que deba corregirse respecto de alguno de los aspectos propios de la tutela judicial efectiva" y que "Cuando en el recurso se invoque motivo de infracción procesal las identidades del art. 219.1 LRJS deben estar referidas a la controversia procesal planteada, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias comparadas". No es, por tanto, la cuestión sustantiva que constituye el fondo del asunto la que debe ser analizada para determinar si concurren los supuestos de contradicción del artículo 219.1 LRJS, sino la controversia planteada respecto de la infracción procesal sobre la que versen la sentencia recurrida y la de contraste y la necesidad de que concurra en este extremo suficiente homogeneidad. (SSTS 169/2017, de 28 de febrero, Rcd. 2698/15 y 445/2017, de 18 de mayo, Rcd. 3248/15).

TERCERO.-1.- El recurrente alega vulneración del artículo 2 n) de la LRJS. Aduce, en esencia, que la competencia en este asunto, donde se discute el mejor derecho de un trabajador a la contratación eventual o temporal derivado de Bolsa de trabajo creada por una Administración Pública, debe quedar comprendida en el orden social, a tenor de lo establecido en el artículo 2 n) de la LRJS.

2.- La sentencia de esta Sala de 11 de junio de 2019, recurso 132/2018, resolvió un asunto similar al ahora planteado, en el que se impugnaba una de las bases de la convocatoria de la Viceconsejería de Administraciones Públicas por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en la categoría de Auxiliar de Enfermería, interesando los demandantes que se declare que el título de "Técnico en Atención a Personas Mayores en Situación de Dependencia", o el de "Técnico de Atención Socio sanitaria" que ha venido a sustituir al anterior, no son en ningún caso equivalentes al de "Técnico/a en Cuidados Auxiliares de Enfermería", exigido en el anexo 1 del V Convenio Colectivo para el acceso a la categoría de Auxiliar de Enfermería. La sentencia entendió que el orden social es competente para conocer de la cuestión planteada, con el siguiente razonamiento:

"SEGUNDO. 1. Para la resolución del extremo planteado hemos de acudir a la doctrina elaborada por esta Sala, marcando como punto de inflexión la promulgación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, cuya Exposición de motivos entendió que era el "momento de racionalizar la distribución competencial entre los órdenes jurisdiccionales en el ámbito de las relaciones laborales. Con la nueva Ley reguladora de la jurisdicción social se afronta una modernización de la norma a partir de la concentración de la materia laboral, individual y colectiva, y de Seguridad Social en el orden social y de una mayor agilidad en la tramitación procesal. De esta manera, se pretenden superar los problemas de disparidad de los criterios jurisprudenciales, dilación en la resolución de los asuntos y, en consecuencia, fragmentación en la protección jurídica dispensada. Estos problemas son incompatibles con los principios constitucionales de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, así como con el funcionamiento eficiente del sistema socioeconómico."

Cuando se trató de asuntos cuya cobertura procesal era la precedente (LPL), hemos dicho: es cierto que tanto la jurisprudencia de la Sala de Conflictos como la de esta Sala se han inclinado en principio por asignar al orden contencioso-administrativo la competencia para resolver las reclamaciones sobre convocatorias y provisión de puestos de trabajo en organismos públicos. La razón de ello es que, como dice nuestra sentencia de 17 de julio de 1996 , en estos supuestos la regulación administrativa "es siempre prevalente, porque la actuación de la Administración es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público que está obligado a formular una oferta de empleo en los términos fijados en la Ley, y a someterse a procedimientos reglados de convocatoria y selección". (STS 11.07.2012, rcud 3128/2011, citando la doctrina anterior).

En STS 3.03.2011 (Rec 91/2010) efectuábamos este otro deslinde competencial: La pretensión ejercitada en ningún momento está reclamando la entrada de personal nuevo que es para lo que está Sala, de conformidad con pronunciamientos anteriores de la Sala de Conflictos, se declaró incompetente cuando se tratara de problemas relacionados con personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, sino que se limita a exigir el cumplimiento sobre unos acuerdos previstos para la reubicación de sus efectivos personales ya existentes, para lo cual, en cuanto considerado dentro de la órbita del derecho laboral, siempre se ha considerado competente el orden jurisdiccional social como puede apreciarse en diversas sentencias dictadas al respecto, en concreto las dos dictadas en Sala General de fecha 4 de octubre de 2000 (rcuds.- 3647/98 y 5003/98) que constituyen doctrina de la Sala reiterada en otras, cual puede apreciarse en las SSTS de 7-2-2003 (rcud.- 1585/02), 3-5-2006 (rcud.- 642/05) o 16-4-2009 (rcud.- 1355/2008), competencia que ha sido confirmada e incluso ampliada por el art. 83 del Estatuto Básico del Empleado Público al establecer que "la provisión de puestos y movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación ..."



Ya en el seno de vigencia de la nueva normativa procesal podemos relacionar los siguientes pronunciamientos, englobados en función de la asunción o no de la competencia por el orden social de la jurisdicción:

-La STS Sala IV que invoca el Ministerio Fiscal, de fecha 30.11.2015 (RC 33/2015), recaída en procedimiento de Conflicto colectivo sobre impugnación de convocatorias de acceso de personal laboral externo a plazas de la Junta de Extremadura, precisa que lo pretendido no era la aplicación o interpretación del art. 15 del Convenio de cobertura, sino la paralización de las órdenes de la Junta de convocatoria de acceso libre al empleo público, y aplicando la jurisprudencia acuñada por la Sala acerca de la competencia de la jurisdicción contenciosa-administrativa para conocer de las demandas de impugnación de la actividad administrativa de selección de personal laboral, concluye anulando la sentencia recurrida y declarando la falta de competencia del orden jurisdiccional social para su enjuiciamiento. Reitera de esta forma la doctrina elaborada sobre la LPL respecto de un supuesto y en un momento temporal en el que ya se encuentra en vigor la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

-La incompetencia de jurisdicción del orden social también se ha observado en STS de fecha 6.11.2018 (RC 222/2017), dictada en un caso en el que se postulaba directa o indirectamente la impugnación de una disposición de carácter general emanada de una Administración Pública. De su fundamentación extractamos las siguientes consideraciones: Las genéricas configuraciones competenciales que aparecen en los apartados 4 y 5 del artículo 9 de la LOPJ se complementan con las más amplias previsiones que incorporan los artículos 2 y 3 de la LOPJ y los artículos 1, 2 y 3 LRJCA. Por lo que a los presentes efectos interesa, el artículo 1 de la LRJCA dispone que "Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación", lo que, sin duda, se corresponde con la previsión del artículo 3 de la LRJS en cuya virtud, "No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social: a) De la impugnación directa de disposiciones generales de rango inferior a la ley y decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación, aun en las materias laborales, sindicales o de Seguridad Social enumeradas en el artículo anterior".

La misma resolución recuerda otros precedentes sobre cuestiones similares que, aunque sin relación directa con las presentes, guardan cierta analogía, y en los que la Sala ha dicho que todas las incidencias previas a la constitución del vínculo, como son las relativas al proceso de selección -desde los actos relativos a la oferta de empleo, la convocatoria y sus bases, las pruebas y su desarrollo, la dotación, etc.-, en la medida en que se rigen por el derecho administrativo, se plantean ante el orden contencioso administrativo. Y ello, en la medida en que predomina aquí el carácter público en la actuación de la administración en cuestión (SSTS de 4 de octubre de 2000, rcud. 3647/1998; de 16 de mayo de 2003, rcud. 698/2002 y de 16 de abril de 2009, rcud. 1355/2008; entre otras), y correlativamente declara aquella incompetencia, precisando que, además, las resoluciones impugnadas eran disposiciones generales, como se señaló, y no actos administrativos.

- STS 21.01.2019, RC 235/2017. Remite al orden contencioso-administrativo la demanda que formulaba la declaración de que no es ajustada a derecho la práctica de la Universidad del País Vasco de no convocar anualmente la Convocatoria para solicitar la evaluación de los méritos y la asignación de los complementos retributivos adicionales y del reconocimiento del derecho del personal a que la citada convocatoria se convoque anualmente. Transcribimos diversos fragmentos de su argumentación:

"La sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 2015, recurso 119/2014 , resolviendo conflicto colectivo a través del que se impugnaba la resolución del Servicio Madrileño de Salud, por la que se reordena al personal laboral y estatutario de limpieza que presta servicios en los centros dependientes de dicho Servicio, ha establecido:

"Cuestión similar a la ahora examinada ha sido resuelta por la reciente sentencia de esta Sala de 14 de octubre de 2014, casación 265/2013 , en la que se ha establecido lo siguiente: "QUINTO.- 1.- Para la determinación de la jurisdicción competente, --dejando aparte la doctrina contenida en la jurisprudencia invocada recaída en supuestos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS)--, deben tenerse en cuenta, en la redacción vigente de la LRJS en la fecha de los hechos (02-10-2012), especialmente los preceptos en los que se preceptúa que:

a) "Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo aquéllas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias" (art. 1 LRJS);

b) "Los órganos jurisdiccionales del orden social ..., por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: ... n) ... respecto de las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus



potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional" (art. 2.n) LRJS); y

c) "No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social: a- De la impugnación directa de disposiciones generales de rango inferior a la ley y decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación, aun en las materias laborales, sindicales o de Seguridad Social enumeradas en el artículo anterior" (art. 3.a LRJS).

Tras extraer el examen verificado por la STS IV de 21.11.2011 (rcud 910/2011 y la variación evidenciada de la distribución competencial después del dictado de la LRJS, distingue entre:

a) Las actuaciones de la Administración pública "realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones" en materia laboral, sindical y de seguridad social, las que como regla, tratándose de actos singulares o plurales (no de disposiciones generales o asimilados) de su impugnación conoce, como regla, el orden social, con excepciones (en especial en materia de actos de la TGSS) a favor del orden contencioso-administrativo en especial "siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional" (arts. 1, 2 letras n y s, y art. 3 letras a, e y f LRJS); y

b) Los actos o decisiones de la Administración pública empleadora respecto de los trabajadores a su servicio de cuya impugnación conoce siempre el orden social (arts. 1, y 2 letras a, b, e, i LRJS), si bien cuando tales actos afecten conjuntamente al personal laboral y al funcional y/o estatutario, la LRJS ha optado por atribuir el conocimiento de la impugnación de tales actos en materia laboral o sindical (materia de derechos de libertad sindical y huelga, pactos o acuerdos ex EBEP o laudos arbitrales sustitutivos) al orden contencioso-administrativo (art. 2 letras f y h y art. 3 letras c, d y e LRJS), salvo en materia de prevención de riesgos laborales en que la competencia del orden social es plena (arts. 2.e y 3.b LRJS).

4.- Ahora bien, aunque no se establezca expresamente en el texto procesal social en su art. 2.n) respecto de la impugnación de los actos plurales de la Administración pública dictados "en el ejercicio de sus potestades y funciones" en materia laboral (en cuanto ahora afecta), dado el principio básico establecido en tal norma para los actos, aún de distinta naturaleza, de la Administración pública empleadora que afecten conjuntamente al personal laboral y al funcional y/o estatutario consistente en residenciar el conocimiento de los actos de implicación conjunta ante el orden contencioso-administrativo (salvo en materia de prevención de riesgos laborales), por analogía debe aplicarse el principio general consistente que tratándose de tales actos plurales de la Administración pública dictados "en el ejercicio de sus potestades y funciones" que afecten conjuntamente al personal laboral y al funcional y/o estatutario su impugnación directa incumbe al orden jurisdiccional contencioso-administrativo y no al social; y sin perjuicio de que la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, cuyo conocimiento de afectar exclusivamente al personal laboral corresponda al conocimiento del orden social con posibilidad, en su caso, de resolver perjudicialmente sobre la resolución o acto de afectación conjunta (arg. ex arts. 3.d, 4.1 y 163.4 LRJS)."

Como corolario de lo anterior, la misma resolución pone el acento, a efectos de fijar la competencia, en el dato señalado de que se trata de una práctica plural de la Administración - la práctica de no realizar anualmente la convocatoria para solicitar la evaluación de los méritos y la asignación de los complementos retributivos adicionales- realizada en ejercicio de sus facultades y funciones y que afecta a personal laboral y funcionario.

También expresa que dicha inacción, si bien no cabe incluirla en el ámbito de las "disposiciones generales de rango inferior a la ley", contempladas en el artículo 3 a) de la LRJS , constituye un acto plural de las Administraciones Públicas -por inacción- "sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral", contemplado en el artículo 2 n) de la LRJS, acto que no afecta exclusivamente al personal laboral que presta servicios como personal docente e investigador de la UPV/EHU, sino que también afecta al personal funcionario, ... por lo que el orden jurisdiccional social no es el competente para conocer de la impugnación de dicha resolución.

Nos ofrece de esta forma una pauta que seguidamente proyectaremos en la resolución de este extremo del debate, sensu contrario: en el actual, el acto de la Administración cabría de calificarlo de acto plural, pero no incide en modo alguno sobre personal funcionario.

En el segundo grupo de pronunciamientos, que concluyen la competencia del orden social de la jurisdicción, se integrarían los siguientes:

- La STS de fecha 5.10.2016, RC 280/2015, sobre los actos de formación o convocatoria de una bolsa de trabajo en la CAM, menciona la argumentación desarrollada en STS/IV 28.04.2015 (rc 90/2014) y otras resoluciones del Pleno de la Sala examinando la excepción de incompetencia de jurisdicción, para seguidamente indicar que esa doctrina de la Sala puede entenderse modificada por la entrada en vigor de la disposición contenida en la letra n), del art. 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), que atribuye a esta jurisdicción



el conocimiento de las "demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional". En otro párrafo de su FD 4º precisa que el procedimiento articulado, de conflicto colectivo, al igual que el que ahora enjuiciamos, lo era para exigir a la Administración que no eluda el cumplimiento de la voluntad convencional lo cual es materia propia de un conflicto colectivo (art. 151 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), cuyo conocimiento corresponde incuestionablemente a la Jurisdicción del Orden Social (arts. 1 y 2, j) de la LRJS, pues en este supuesto no puede decirse que lo solicitado por la parte actora afecte en nada a las potestades administrativas de la Administración demandada, en tanto en cuanto lo solicitado es, simplemente, el cumplimiento de un acuerdo colectivo".

- STS 9.05.2018, RC 77/2017. Se sometió a consideración de esta Sala IV la impugnación de la convocatoria ingreso de personal fijo en el marco de un proceso de consolidación de empleo temporal en RENFE, debatiéndose si la competencia era del orden social o del contencioso-administrativo de la jurisdicción. Declara la de la jurisdicción social, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.5 de la LOPJ , aunque hubiere trabajadores externos de la empresa pública, al aplicarse a ésta el régimen de derecho laboral común, por lo que los actos próximos, preparatorios y previos a la relación de trabajo son también de su competencia, reiterando al efecto la doctrina SSTS/IV de 29-septiembre-2006 (rcud.1778/2005) que a su vez aplica -con matices- la elaboración contenida en las de 11 de abril, 25 de julio de 2.006 (recursos 130/2002 y 2969/2005), 25 de julio de 2.006 (recurso 2969/2005), y 11- julio-2012 (rcud. 3128/2011), entre otras.

Por último, de la STS de 6.03.2019 (RC 152/2018) puede inferirse de forma implícita la misma competencia del orden social, aunque observando que lo es en relación a un supuesto de impugnación de convocatoria temporal en una Sociedad Estatal (Correos)".

3.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado se ha de concluir que el orden social es competente para conocer de la cuestión planteada, tal y como queda claramente razonado en la sentencia de esta Sala de 28 de abril de 2015, recurso 90/2014. La sentencia señala que la cuestión relativa a las bolsas de trabajo en la Administración Pública fue resuelta por las sentencias de Pleno de 7 de febrero de 2003, recurso 1585/2002 y 3 de mayo de 2006, recurso 642/2005, que atribuyeron el conocimiento de dicha cuestión al orden contencioso administrativo, La sentencia consigna:

"Esta doctrina de la Sala puede entenderse modificada por la entrada en vigor de la disposición contenida en la letra n), del art. 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), que atribuye a esta jurisdicción el conocimiento de las "demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en *materia laboral* y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional".

CUARTO.- Por todo lo razonado procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Francisco Miguel Nieto Villena, en representación de D. Hernan , frente a la sentencia dictada el 5 de julio de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, en el recurso de suplicación número 598/2017, interpuesto por la ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 7 de los de Málaga el 21 de diciembre de 2016, en autos número 828/2015.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Francisco Miguel Nieto Villena, en representación de D. Hernan , frente a la sentencia dictada el 5 de julio de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, en el recurso de suplicación número 598/2017, interpuesto por el ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social numero 7 de los de Málaga el 21 de diciembre de 2016, en autos número 828/2015, seguidos a instancia de D. Hernan frente al EXMO. AYUNTAMIENTO DE BENALMÁDENA y D. Íñigo , y en concepto de interesados, D. Jon y D. Justino sobre DERECHOS.

Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el Letrado D. Francisco Miguel Nieto Villena, en representación de D. Hernan , declarar la nulidad de la citada sentencia y reponer las actuaciones al momento anterior a dictarse la misma a fin de que la Sala, con absoluta libertad de criterio, partiendo de la competencia del orden social para resolver la cuestión planteada, dicte una nueva sentencia resolviendo el recurso interpuesto.



Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ