



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA.  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN SEVILLA.  
SECCION TERCERA.

Procedimiento Derechos Fundamentales 224/2021

S E N T E N C I A N° 1077/2021

Ilustrísimos Sres.

D.

D.

D.

En Sevilla, a 30 de junio de 2021.

La Sección Tercera de la Sala de Lo Contencioso Administrativo de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, formada por los Magistrados que al margen se expresan, ha visto en el nombre del Rey el recurso número 224/2021, seguido entre las siguientes partes: como demandante, el sindicato Docentes por la Pública representado por la procuradora D<sup>a</sup>

; como demandada la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía representada por el letrado del Gabinete Jurídico; y con intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente D.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora interpuso recurso contencioso administrativo por el procedimiento de protección de derechos fundamentales contra la Orden de 30 de noviembre de 2020, por la que se efectúa convocatoria de procedimientos selectivos para el ingreso en los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria, Profesores Técnicos de Formación Profesional, Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, Profesores de Artes Plásticas y Diseño, Maestros de Taller de Artes Plásticas y Diseño y acceso al Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria y al Cuerpo de Profesores de Artes Plásticas y Diseño.

SEGUNDO.- La recurrente formuló demanda en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estima aplicables al

Código Seguro de verificación:1JxysnvmRrUanOrxc1FLWQ=-. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FECHA	05/07/2021
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/10





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

caso solicita que se dicte sentencia con arreglo al suplico de su demanda.

TERCERO.- Por el Ministerio Fiscal se emitió escrito interesando la estimación de la demanda.

CUARTO.- Por la administración autonómica demandada se contestó a la demanda en escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estima aplicables al caso, termina interesando que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso.

QUINTO.- Se recibió el recurso a prueba con el resultado que consta en autos, habiendo las partes formulado escritos de conclusiones.

SEXTO.- La votación y fallo del recurso lugar el día señalado al efecto, habiéndose observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El objeto del recurso contencioso administrativo en autos es la Orden de 30 de noviembre de 2020, por la que se efectúa convocatoria de procedimientos selectivos para el ingreso en los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria, Profesores Técnicos de Formación Profesional, Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, Profesores de Artes Plásticas y Diseño, Maestros de Taller de Artes Plásticas y Diseño y acceso al Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria y al Cuerpo de Profesores de Artes Plásticas y Diseño.

SEGUNDO.- La pretensión anulatoria de la parte demandante se fundamenta en la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad (artículo 14 CE) y a la igualdad en el acceso a la función y cargos públicos (artículo 23 CE), en cuanto que la citada convocatoria no ha reservado plazas para discapacitados en el turno de promoción interna de As a Al.



Código Seguro de verificación:1Jxy5nvmRrUannOrxc1FLWQ=-. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FECHA	05/07/2021
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/10





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

La pretensión anulatoria señala que se ha efectuado en la convocatoria referida una reserva de discapacidad, pero sobre las plazas de libre acceso, mientras que para la promoción interna de A2 a A1, se prevén 270 plazas pero ninguna se ha reservado para personas con discapacidad...

De modo que una persona con discapacidad que quiera promocionar de A2 a A1, debe acudir al sistema de acceso libre si quiere optar a la reserva de discapacidad, o bien acudir al sistema de promoción interna, pero en este caso, sin reserva de discapacidad.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal considera que la orden impugnada lesiona los derechos fundamentales invocados, en cuanto que no reserva plazas para discapacidad en el sistema de promoción interna, sin que por la Administración autonómica competente se haya motivado las razones que en su caso pudieran justificar esa exclusión.

CUARTO.- La administración demandada se opone a la pretensión anulatoria al considerar que la reserva efectuada en la convocatoria es correcta y ajustada a derecho.

Señala que sí se ha cumplido con el tanto por ciento de reserva ex lege, así como que no es posible efectuar una reserva para discapacidad por el turno de acceso. Y esto en cuanto que así o impone el RD 276/2007 que distingue entre: turno libre, turno de acceso y turno de reserva para persona con discapacidad.

Esta disposición contempla en su artículo 15: "... De lo que se concluye que el turno de acceso y el de reserva para personas con discapacidad son excluyentes.

QUINTO.- De forma previa a la resolución del recurso procede que indiquemos la normativa aplicable en esta materia, para a continuación resolver si se vulneran o no los derechos fundamentales invocados.

La normativa básica en materia de función pública la representa el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del



Código Seguro de verificación:1JxysnvmRrUnnOrxc1FLWQ=. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FECHA	05/07/2021
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/10





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

Empleado Público, que dispone en su artículo 59: "1. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública." Este artículo si bien impone una reserva numérica, no impone la forma en la que se debe hacer la misma, esto es, no exige que además de la reserva de discapacidad para quienes pretenden acceder a la función pública, se haga otra reserva de discapacidad para quien quieren promocionar de A2 a A1.

Dicha reserva sí está expresamente contemplada en el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, pero el mismo es de aplicación en el ámbito de la Administración General del Estado y no por tanto a las comunidades autónomas.

Sí contempla ya la cuestión de autos el artículo 28 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, al disponer: "1. En el acceso, la promoción interna y la provisión de puestos de trabajo de las Administraciones Públicas de Andalucía se garantizará el principio de igualdad de oportunidades y de trato de las personas con discapacidad. A tales efectos, y de conformidad con el marco normativo estatal, se regularán las medidas de acción positiva que sean necesarias, entre las que se incluirán la exención de algunas de las pruebas y la aplicación del sistema de concurso como sistema de acceso a personal laboral, consistente en la valoración de los méritos, atendiendo a las características de la discapacidad, y la reserva de plazas en las ofertas de empleo público y en las bolsas de trabajo



Código Seguro de verificación:1JxysnmRrUnnOrxc1FLWQ=-. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FECHA	05/07/2021
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/10





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

temporal de un cupo no inferior al 10% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, reservando dentro del mismo un porcentaje específico del 2% para personas con discapacidad intelectual y un 1% para personas con enfermedad mental que acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 33%; siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas. Asimismo, en caso de no cubrirse las plazas vacantes reservadas para el turno de discapacidad, se acumularán a posteriores ofertas hasta un límite del 10%." Si bien este artículo transcrito puede que no sea el más claro en su dicción, entendemos que del mismo se desprende una voluntad del legislador autonómico de fijar una reserva de plazas para discapacidad también en promoción interna. El artículo enumera los supuestos en los que se deberán adoptar las medidas de acción positiva, incluyendo además del acceso la promoción interna. Para a continuación señalar de manera abierta esas medidas, que no parece ciertamente que se fijen de forma imperativa, salvo al referirse a la reserva de plazas, que las quiere separas de las anteriores por el uso de la coma, amén de como hemos visto, venir ya impuestas por la legislación básica del Estado.

En términos ya más claros y concreto se pronuncia el Decreto 93/2006, de 9 de mayo, por el que se regula el ingreso, la promoción interna y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad en la Función Pública de la Administración General de la Junta de Andalucía, cuyo artículo 3 señala: "1. En las Ofertas de Empleo Público se reservará del total de plazas que se oferten, tanto de acceso libre, como de promoción interna del personal funcionario y de promoción para categorías profesionales del personal laboral, un cupo no inferior al 5% para ser cubiertas entre personas que tengan reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%, estableciéndose en las Ofertas en qué Cuerpos y, en su caso, Especialidades u opciones o categorías profesionales se aplica dicha reserva."



Código Seguro de verificación:1JxysnvmRrUnnOrxc1FLWQ=-. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FECHA	05/07/2021
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/10



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

Por su parte, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, aplicable tanto al sector público como privado (artículo 3), dispone en su artículo 5 como Ajustes razonables para las personas con discapacidad, la progresión profesional.

SEXTO.- Por lo que se refiere a los preceptos constitucionales, y además del artículo 14 y 23 que son los que habilitan para acceder al procedimiento de protección de los derechos fundamentales contra la actuación administrativa impugnada, debemos referirnos además a dos artículos más. En primer lugar, el artículo 49 que dispone: "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos".

Y en segundo lugar, y más importante, el artículo 9.2 que señala: "2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social." Se consagra así el principio de igualdad material, que si bien no se incluye en el elenco de derechos fundamentales, a diferencia por ejemplo de lo que sí hace la Constitución italiana, es el complemento de la igualdad formal ante la ley.

SEPTIMO.- Llegados a este punto la conclusión alcanzada por la Sala es considerar que efectivamente se vulneran los derechos fundamentales invocados al no efectuar una reserva de plazas para discapacidad también en el turno de promoción interna.

Así debe concluirse por cuanto que además de los textos legales citados que apuntan en esa dirección, es la interpretación que en caso de duda debemos sentar dada la naturaleza de los



Código Seguro de verificación:1JxysnvmRrUnnOrxc1FLWQ=-. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FECHA	05/07/2021
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/10





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

derechos discutidos y carecer la posición sostenida en la convocatoria de argumento o motivación. Efectivamente, el Tribunal Supremo tiene dicho en sentencia de 28 de febrero de 2012 (recurso de casación 6860/2010) que será posible la excluir esas reserva de discapacidad siempre que se motive y razone ese proceder. Sin que en el caso de autos concorra motivación alguna de esa exclusión.

En cuanto a los diferentes turnos a los que alude el Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes y que se invoca en la contestación a la demanda como obstáculo, el mismo debe rechazarse. El artículo 15 del mismo dispone: "Ningún aspirante podrá presentarse, dentro de una misma convocatoria, a plazas de un mismo cuerpo y especialidad correspondientes a distintos turnos de ingreso o accesos entre cuerpos de funcionarios docentes." Lo que impide según la administración autonómica la reserva en la promoción interna. Ahora bien, esta interpretación no es admisible.

Parece confundirse la reserva para discapacidad con el turno de acceso, cuando no se hace esa distinción para con el turno libre. Esto es, no se trata de acceder por el turno de reserva y por el turno de acceso, lo mismo que no se hace por el primero y por el turno libre. Lo que se trata es de asegurar que al igual que los que quieren acceder al empleo público, tienen reservadas unas plazas del turno libre, que conforman de esa forma el turno de discapacidad, también los que quieran progresar profesionalmente y promocionar de forma interna de A2 a A1, tendrán unas plazas de ese turno de acceso para el turno de reserva por discapacidad.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo distinguiendo entre sistemas de acceso y tipos de plazas, cuando en su sentencia de 16 de diciembre de 2014 (recurso de casación 2492/2013) dispone: "TERCERO.- La respuesta a esos reproches planteados en el recurso de casación exige realizar las dos siguientes consideraciones previas.



Código Seguro de verificación:LJxysnvmRrUnnOrxc1FLWQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FECHA	05/07/2021
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/10



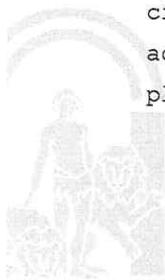


La primera es la necesidad de establecer en el debate del actual litigio una clarificación o precisión terminológica, porque hay dos grupos de alternativas (acceso libre/acceso por promoción interna; y plazas generales/plazas reservadas al cupo de discapacitados) que no siempre la regulación aplicable designa como los mismos términos. Así, la convocatoria litigiosa (ORD JUS 3339/2008), en su base específica 1.1, utiliza en la primera alternativa las expresiones "Turno Libre" y "Turno promoción interna" y en la segunda las expresión "Sistema general" y "Reserva Discapacitados"; mientras que el artículo 5.2 del Real Decreto 2271/2004, en lo que hace a la regulación de esta segunda alternativa dentro del acceso por promoción interna, opone "las plazas reservadas" (para personas con discapacidad) a estas otras: "las de turno ordinario de promoción interna".

Y tal aclaración debe hacerse en el sentido de subrayar que lo relevante en el actual litigio es poner de manifiesto que, dentro de los procesos selectivos de acceso a la función pública, debe diferenciarse entre procesos de libre acceso y procesos de promoción interna; y también debe distinguirse, dentro del contingente global de plazas asignadas a cada uno de esos dos distintos procesos de acceso, entre el número de plazas ordinarias y el cupo de plazas reservadas para personas discapacitadas.

La segunda consideración consiste en subrayar las plazas reservadas para el cupo de discapacitados tiene un régimen diferente al previsto para las plazas ordinarias, constituido por estas principales notas diferenciadoras:

1) se trata una medida dirigida a tan sólo a remover los obstáculos que tradicionalmente ha conllevado la discapacidad manteniendo el principio de igualdad en lo relativo a las circunstancias mérito y capacidad que deben determinar el acceso, pues tales circunstancias han de ser idénticas en las plazas ordinarias y en las del cupo para discapacitados, y lo



Código Seguro de verificación:1JxysnvmRrUnn0rxc1FLWQ=-. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FECHA	05/07/2021
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/10





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

que se establece con dicha medida para las personas que opten por el cupo de discapacitados es la singularidad de competir sóloamente con los aspirantes que hayan efectuado esa misma opción, y de facilitarles de esta manera la posible ventaja, una vez acreditados los méritos y capacidad que son inexcusables, de aprobar con menos calificación final por ser inferior la concurrencia;

(2) las personas discapacitadas pueden libremente optar por unas plazas u otras; y

(3) aunque hayan optado por el cupo de discapacitados podrán obtener una plaza de sistema general si, pese a haber aprobado en aquel cupo, no han obtenido plaza y su puntuación es superior a la obtenida por otros aspirantes del sistema de acceso general ( artículo 3.2 del RD 2271/2004 )."

OCTAVO.- en la medida que ambos preceptos constitucionales se integran cuando se trata del acceso y promoción en condiciones de igualdad en la función pública, entendemos que la omisión de una reserva de plazas para los que desean promocionar de forma interna, quiebra el principio de igualdad formal ante la ley recogido en el artículo 14 de la Constitución, al discriminar a aquellos que padecen una discapacidad respecto de los que no la padecen.

Con arreglo a lo expuesto, debemos estimar el recurso y de este modo, anular el artículo 1.1 relativo a las plazas ofertadas, y disponer la necesidad de establecer en el turno de discapacidad plazas equivalentes al 10% de las convocadas por turno de acceso o promoción interna, para los aspirantes que reúnan los requisitos exigidos.

NOVENO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no procede condena en costas a la vista de las circunstancias de derecho expuestas.



Código Seguro de verificación:1JxysnvmRrUnnOrxc1FLWQ=-. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FECHA	05/07/2021
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	9/10





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte recurrente contra la Orden de 30 de noviembre de 2020, por la que se efectúa convocatoria de procedimientos selectivos para el ingreso en los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria, Profesores Técnicos de Formación Profesional, Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, Profesores de Artes Plásticas y Diseño, Maestros de Taller de Artes Plásticas y Diseño y acceso al Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria y al Cuerpo de Profesores de Artes Plásticas y Diseño, anulando el artículo 1.1 en los términos del Fundamento octavo; sin costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes contra la que cabe preparar recurso de casación por escrito ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente a la notificación de la presente en los términos y con las exigencias contenidas en el artículo 86 y siguientes de la LJCA.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará en legal forma a las partes, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

*"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.*

*Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."*



Código Seguro de verificación:1JxysnvmRrUnnOrxc1FLWQ=-. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FECHA	05/07/2021
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	10/10

