

RESOLUCIÓN ADOPTADA POR LA DEFENSORA DEL PUEBLO CON MOTIVO DE LA SOLICITUD DE INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL DECRETO-LEY 5/2013, DE 2 DE ABRIL, POR EL QUE SE ADOPTAN DETERMINADAS MEDIDAS SOBRE EL EMPLEO DEL PERSONAL FUNCIONARIO INTERINO EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

ANTECEDENTES

PRIMERO. Diversos ciudadanos a título particular, así como el Presidente de la Junta de Personal de los Servicios Centrales de la Administración General de la Junta de Andalucía, y el Presidente del Sindicato Andaluz de Funcionarios (SAF), solicitan del Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley 5/2013, de 2 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas sobre el empleo del personal funcionario interino en la Administración General de la Junta de Andalucía, publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 88 correspondiente al día 8 de mayo de 2013, formulando diversas alegaciones a las que se hará referencia en un antecedente posterior.

SEGUNDO. El artículo único del Decreto-Ley 5/2013 contra el que se solicita la interposición del recurso es del tenor literal que a continuación se transcribe:

“Artículo Único. Atención a colectivos prioritarios en los procedimientos de selección de personal funcionario interino.

1. Los procedimientos de selección de personal interino se efectuarán con respeto a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, y atendiendo, en su caso, a los colectivos prioritarios que se determinen.
2. Hasta que se produzca la culminación de los procedimientos de consolidación de empleo previstos en la Disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público, la selección de este personal se realizará en primer lugar entre el personal funcionario interino que, a partir de la entrada en vigor del presente Decreto-ley, cese en el desempeño de su

puesto por resultar adjudicado a un funcionario de carrera en cualquiera de los procesos reglamentarios de selección o provisión, siempre que estuviere prestando servicios con anterioridad a 1 de enero de 2005; y que, a 31 de diciembre de 2013, cuente con cuarenta y cinco o más años de edad.

3. A continuación, la selección se realizará entre los aspirantes que, habiendo concurrido a las pruebas selectivas de la última Oferta de Empleo Público y no habiendo obtenido plaza, hubieran superado el mayor número de ejercicios conforme a las actas de los correspondientes órganos de selección.

4. En cualquier caso, la selección del personal interino se efectuará, de acuerdo con las necesidades del servicio, a puestos de carácter básico en aquellas áreas o sectores que se consideren prioritarios y con necesidades específicas de efectivos, o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales.

5. Lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo no será de aplicación para el personal funcionario interino que, a su vez, mantenga una relación de carácter fijo o permanente con la Administración de la Junta de Andalucía o sus entes instrumentales.”

TERCERO. Asimismo, un numeroso colectivo de ciudadanos a título individual y la organización sindical Unión de Sindicatos de Funcionarios y Funcionarias de Andalucía (USTEA) se han dirigido a la Institución expresando su apoyo a la medida contenida en el Decreto-Ley y su oposición a la solicitud de interposición de recurso por considerar la norma citada plenamente constitucional.

CUARTO. Por su parte, el Defensor del Pueblo Andaluz remite a esta Institución diversas quejas en las que se solicita la interposición de recurso, así como otra, presentada por la organización sindical antes mencionada y acompañada de 3.200 firmas, contraria a la interposición del recurso. Al escrito de remisión el Defensor del Pueblo Andaluz acompaña un informe de fecha 15 de mayo de 2013, con base en el cual y tras conocer la opinión de los miembros de su Junta de Coordinación, acuerda no instar de esta Institución la interposición de recurso de inconstitucionalidad por considerar la norma plenamente ajustada a derecho.

QUINTO. Los diversos solicitantes de recurso, con mayor o menor intensidad y extensión, fundamentan la solicitud en la posible vulneración del artículo 86 de la Constitución y 110 del Estatuto de Autonomía para Andalucía por considerar que no se dan los presupuestos habilitantes para la utilización de este vehículo normativo excepcional, al no existir extraordinaria urgencia o necesidad en la adopción de la medida contenida en el mismo.

1. B3

Asimismo, en varias de las solicitudes de recurso se alude a la vulneración del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución, así como la especificación de este principio en lo referente al acceso a funciones y cargos públicos contenido en el artículo 23.2 de la Constitución, y también en relación con los principios de mérito y capacidad reseñados en el artículo 103.3 de la Norma suprema. En este sentido, se considera discriminatoria la prioridad que en el acceso a puestos interinos se otorga a un determinado grupo de personas respecto de otras sin que medie causa objetiva alguna que lo justifique y a pesar de que las personas preteridas han acreditado el mérito y la capacidad para optar a tales puestos mediante su participación en las pruebas selectivas derivadas de la última oferta de empleo público y la superación de alguno de los ejercicios.

Por otra parte, se alude a que el Decreto-ley afecta a un concreto y determinado número de personas (al parecer 98 interinos) que han venido prestando servicios en la administración andaluza desde hace ya bastantes años, lo que lleva a considerar a los solicitantes de recurso que la norma no goza de la regla de generalidad inherente a la ley, sino que se trata de una norma excepcional dictada "*ad personam*" para favorecer a un determinado e identificable número de funcionarios interinos.

También en relación con el principio de igualdad se alude a que el establecimiento de un criterio de edad (tener 45 años o más en diciembre de 2013) para priorizar el acceso a puestos de trabajo interinos implica una discriminación expresamente prohibida por el artículo 14 de la Constitución. En este sentido, se alude a la improcedencia de considerar aplicable a este supuesto la excepción prevista en el artículo 6.2 de la Directiva 2000/78/CE, a la que se alude en el preámbulo de la norma, y que autoriza a los Estados miembros a establecer diferencias de trato por motivos de edad siempre y cuando estén justificados objetiva y razonablemente en el marco del Derecho nacional.



Se menciona también la posible infracción del artículo 9.3 de la Constitución, en relación con el artículo 149.1.18 de la misma, al considerar que la materia regulada es de la competencia exclusiva del Estado al que corresponde, según la regla establecida en el último de los preceptos citados, el establecimiento de “las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios”.

1. B

Por último, en algunas de las solicitudes se alude también a la posible vulneración del artículo 37 de la Constitución relativo a la garantía del derecho a la negociación colectiva laboral. En relación a ello se menciona que, si bien fue convocada el día 21 de marzo de 2013 la Mesa Sectorial de Negociación de la Administración General de la Junta de Andalucía, no se negoció el contenido de la medida incluida en el Decreto-ley que debe considerarse como una decisión unilateral de la Junta de Andalucía en cuyo contenido y alcance las organizaciones sindicales no tuvieron participación alguna.

FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN

PRIMERO. Con carácter previo al examen de las alegaciones formuladas, es preciso destacar que el Decreto-ley cuestionado trata de la ordenación de prioridades en la gestión de las denominadas “bolsas de interinos”, en las que voluntariamente se incluyen los aspirantes a ser nombrados para un puesto provisional en la Administración en aquellos supuestos en los que la cobertura de dicho puesto se considere necesaria y no pueda llevarse a cabo por un funcionario de carrera. No se trata, pues, de una norma reguladora del acceso a la Función Pública sino de una norma de gestión y ordenación de uno de los mecanismos a través de los cuales la Administración atiende a sus concretas necesidades de personal. Se trata, además, de una norma provisional ya que la regla particular que contiene -la prioridad de determinados aspirantes sobre otros- es de aplicación únicamente “hasta que se produzca la culminación de los procedimientos de consolidación de empleo temporal previstos en la Disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público. Y se trata de una norma con un ámbito subjetivo definido y limitado que se concreta en el personal funcionario interino que sea cesado a partir de su entrada en vigor por ocupar su plaza un funcionario de carrera, siempre que venga prestando servicios desde antes del 1º de enero de 2005 y tenga a 31 de diciembre de 2013 45 años o más.

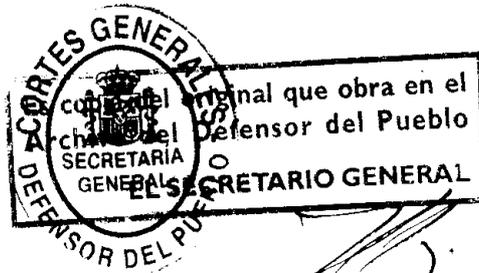


La primera de las características citadas impide la toma en consideración de las alegaciones relativas a la invasión de competencias estatales definidas en el artículo 149.1.18 de la Constitución, alegación que por otra parte difícilmente puede enervar la actuación del Defensor del Pueblo ya que es criterio de la Institución no intervenir en asuntos de materia competencial ni fundamentar su posible intervención en razones de esta índole cuando el titular de la competencia presuntamente sustraída o vulnerada está legitimado para la acción que se solicita del Defensor del Pueblo.

1.13 / La tercera de las características citadas despeja también las dudas sobre la ausencia de generalidad de la norma. El ámbito de la norma alcanza a quienes en un momento dado reúnan ciertos requisitos objetivos que la propia norma concreta. Como reiteradamente ha dicho el Tribunal Constitucional “el que en virtud de esos criterios objetivos pueda determinarse quiénes estén incluidos en ese colectivo y afectados en consecuencia por las normas cuestionadas no puede entenderse como una determinación legal de personas concretas e individualmente seleccionadas proscrita por el artículo 23.2 C.E. (STC 148/1986)”.

SEGUNDO. Se alega también, como señalado, la posible infracción de artículo 37.1 de la Constitución relativo al derecho a la negociación colectiva. Desde luego este derecho corresponde a los funcionarios y así lo reconoce el Estatuto Básico del Empleado Público cuando dice en su Artículo 31 que “ los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo”, añadiendo a continuación que “por negociación colectiva, a los efectos de esta Ley, se entiende el derecho a negociar la determinación de condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública”.

Informa el preámbulo del Decreto-ley de que las medidas contenidas en el mismo han sido objeto de negociación en el seno de la Mesa Sectorial de Negociación de Administración General de la Junta de Andalucía, en su reunión del día 21 de marzo de 2013, convocada con carácter extraordinario y a petición de las organizaciones sindicales CSI-F, USTEA, UGT y CCOO. Por la información aportada en las solicitudes de recurso, parece ser que en tal reunión estos sindicatos votaron a favor o se abstuvieron y expresó su desacuerdo el Sindicato Andaluz de Funcionarios (SAF).



Pero al margen de que la reunión de la Mesa Sectorial mencionada pueda considerarse suficiente (pues al parecer no ha habido otra) en orden a la salvaguarda del derecho a la negociación colectiva, debe tenerse en cuenta que el artículo 37 del Estatuto Básico del Empleado Público, al tratar las materias objeto de negociación, excluye de las obligatorias, en el número 2 de dicho artículo a "la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional".

Así pues, dado que la norma cuestionada establece criterio y procedimientos para el acceso al empleo público, no parece que la alegación pueda tomarse en consideración.

1.13

TERCERO. Resueltos los aspectos anteriores procede ahora examinar las alegaciones relativas concurrencia o no del presupuesto habilitante de "extraordinaria y urgente necesidad" que exigen el artículo 86 de la Constitución y el 110 del Estatuto de Andalucía para que sea legítimo el uso de la figura del Decreto-ley. Para abordar el análisis del problema constitucional planteado debe recordarse la consolidada doctrina establecida por el Tribunal al respecto. Dicha doctrina ha sido sintetizada en las SSTC 189/2005, de 7 de julio (F.3) y 329/2005, de 15 de diciembre (F.5), siguiendo la contenida en anteriores resoluciones, esencialmente en las SSTC 182/1997, de 28 de octubre 1997, 11/2002, de 17 de enero, y 137/2003, de 3 de julio.

En ellas, el Tribunal, tras reconocer el peso que en la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad ha de concederse «al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado», declara que «la necesaria conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante» conduce a que el concepto de extraordinaria y urgente necesidad que se contiene en la Constitución no sea, en modo alguno, «una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-Leyes»

Tras esta afirmaciones, el Tribunal exige que la definición por los órganos políticos de una situación de "extraordinaria y urgente necesidad" sea explícita y razonada, y que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la



1.B

situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan (STC 29/1982, de 31 de mayo, F.3), de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar» (STC 182/1997, de 28 de octubre, F.3). Ello no quiere decir que tal definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya de contenerse siempre en el propio Real Decreto-ley, (o en este caso en el Decreto-ley) sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de elementos. A este respecto, el Tribunal recuerda que el examen de la concurrencia del citado presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, «los que quedan reflejados en el Preámbulo de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma» (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, F.4; 182/1997, de 28 de octubre, F.4; 11/2002, de 17 de enero, F.4; y 137/2003, de 3 de julio, F.3), debiendo siempre tenerse presentes «las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación de cada uno de los Decretos-Leyes enjuiciados» (SSTC 6/1983, de 4 de febrero, F.5; 182/1997, de 28 de octubre, F.3; 11/2002, de 17 de enero, F.4; y 137/2003, de 3 de julio, F.3).

Afirma el Decreto-ley cuestionado en su Preámbulo, que *“La extraordinaria y urgente necesidad viene determinada por el hecho de que de manera inminente el personal al que se refiere el presente Decreto-Ley va a cesar por haber decaído las causas que motivaron su nombramiento, siendo así que la litigiosidad judicial acontecida con ocasión del último concurso de méritos no ha permitido a esta Administración adoptar ninguna medida previa. La situación que viene a solventarse es sin embargo de gran relevancia social, dado el sector de prioritaria atención que se contempla, todo lo cual justifica sobradamente la urgencia en la adopción de la presente medida”*.

Estas aseveraciones hay que complementarlas con otros datos significativos que se contienen en la norma y su preámbulo o que se deducen de la misma. Está en primer lugar la grave situación de crisis económica iniciada en 2008 que ha implicado una severa disminución de los ingresos públicos con la consecuencia directa de la rebaja en la financiación de la Comunidades autónomas, lo que ha obligado a adoptar rigurosas medidas de ajuste. Entre estas medidas se encuentran las impuestas por las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado prohibiendo la incorporación de nuevos



efectivos a las distintas administraciones públicas y la contratación de personal temporal o interino. Asimismo, debe tomarse en consideración el contexto particular de la Administración Pública andaluza, que ha tenido una evolución peculiar desde su puesta en marcha con el régimen de preautonomía y que pese a diversos procesos de consolidación ha mantenido un elevado volumen de personal con empleo temporal o interino proveniente de aquella etapa preautonómica y posterior.

Siendo la consolidación del empleo temporal un objetivo prioritario de las administraciones públicas, el legislador dispuso en la legislación correspondiente un mecanismo a través del cual se pretendía abordar este problema. Dicho mecanismo, incorporado como disposición transitoria cuarta al Estatuto Básico del Empleado Público aprobado en el año 2007, consiste en la celebración de convocatorias específicas, para la conversión del empleo temporal en empleo permanente, de los puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a los distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005. Sin embargo, esta previsión del año 2007 no ha podido ponerse en práctica en el ámbito de la Administración Pública de Andalucía por las restricciones ya citadas a las que ha obligado la crisis económica y que han venido impidiendo en los últimos años, salvo excepciones, la realización de nuevas ofertas de empleo público.

A todo ello ha de añadirse la situación del empleo en Andalucía, donde la tasa de desocupación es elevadísima y las posibilidades de obtener empleo muy reducidas. Si a ello se añade que quien pasa a la situación de desempleo tiene una edad igual o superior a 45 años, las expectativas de obtener un nuevo trabajo son, en la práctica, casi inexistentes.

La conjunción de todos estos aspectos es, en último término, lo que justifica la extraordinaria urgencia y necesidad de aprobación del Decreto-ley ante la inminencia, en el momento de su aprobación, del desplazamiento de personal interino de la Junta de Andalucía en el sector de su administración general. Desplazamiento este derivado de la reciente resolución del concurso general de traslados y que afecta entre otros a personal que viene prestando servicios interinamente a la misma desde antes del año 2005, al que no se ha ofertado la posibilidad de estabilizar su situación a través de los procesos de consolidación previstos en el Estatuto Básico del Empleado Público y que en diciembre de 2013 habrán alcanzado o superado la edad de 45 años.

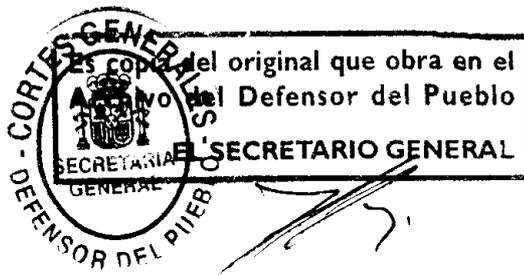
A juicio de esta Institución, todas las razones apuntadas llevan a concluir que en este supuesto se cumplen los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional para legitimar la utilización del mecanismo extraordinario que supone la figura del Decreto-ley.

CUARTO. El núcleo central de las argumentaciones contra el Decreto-ley aquí examinado se centran en la supuesta vulneración del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución y en el 23.2 para el acceso a funciones y cargos público, así como la de los principios de mérito y capacidad exigidos por el artículo 103 de la misma.

1. B

Es jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional que el artículo 23.2 CE consagra un derecho de configuración legal, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE), los cuales sólo pueden preservarse y establecerse mediante la intervención positiva del legislador (por todas, STC 30/2008, de 25 de febrero, F.6). Igualmente, el Tribunal ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones *que es diferente el rigor e intensidad* con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, *acreditado los requisitos de mérito y capacidad*, cabe tener en cuenta *otros criterios* distintos tendentes a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos (por todas, STC 30/2008, de 25 de febrero, F.5).

En este punto y al hilo de la última apreciación del Tribunal, conviene resaltar, como ya se mencionó en algún fundamento anterior, que el objeto del Decreto-ley cuestionado es la ordenación de preferencias entre aspirantes a puestos de trabajo interinos cuyo mérito y capacidad -y esto es importante retenerlo- *ya ha sido acreditado*, en unos casos, por su participación en las pruebas selectivas de la última oferta de empleo y la superación de alguno de los ejercicios y, en otros, por su permanencia al servicio de la administración autonómica durante un largo período de tiempo. Es por tanto aplicable a este caso esa diferencia de “rigor e intensidad” con la



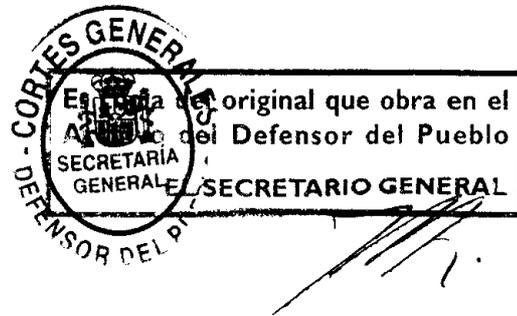
que operan esos principios y a la que alude el Tribunal Constitucional y se abre al propio tiempo la posibilidad mencionada de “tener en cuenta otros criterios distintos tendentes a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos”

1. B / 1

A juicio de esta Institución, este es supuesto en el que se encuentra el Decreto-ley examinado y del que informa en su preámbulo y en su parte dispositiva. Las circunstancias ya apuntadas que afectan a los interinos desplazados por la toma de posesión de los funcionarios de carrera, relativas a la ausencia de las previstas convocatorias de consolidación de empleo temporal, a la situación del empleo en Andalucía y a la edad de los afectados, justifica que, tomando en consideración el mérito y la capacidad acreditados en razón de los años de servicio a la administración pública andaluza, se dé temporalmente prioridad a este colectivo para la cobertura de futuras vacantes en dicha administración.

Esta apreciación la confirma el preámbulo del Decreto-ley cuando afirma que “...la Junta de Andalucía no puede ser ajena, en su política de personal, a la actual coyuntura de crisis que afecta al mercado de trabajo en general y que contribuye a que la edad sea un obstáculo para el acceso al empleo y la ocupación”, añadiendo a continuación que “por otra parte, no puede obviar la prolongada y amplia experiencia profesional de su personal funcionario interino que ha dado lugar a que este colectivo haya adquirido en muchas ocasiones importantes conocimientos y habilidades en la gestión de las materias que se consideran prioritarias para la Administración General de la Junta de Andalucía”, y es “por todo ello, [que] en el ámbito del personal funcionario interino de la Administración General de la Junta de Andalucía, y como medida activa para el mantenimiento del empleo en el sector público, se apuesta con este Decreto-Ley por establecer las circunstancias citadas como criterio preferente para este personal en el marco del procedimiento establecido en el Decreto 2/2002, de 9 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso, promoción interna, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía”

QUINTO. En el marco de las alegaciones relativas al principio de igualdad adquiere especial relevancia la relativa al criterio de la edad (45 años cumplidos a 31 de enero de 2013) para disfrutar de la preferencia en el empleo interino que establece el Decreto-ley. Se alega que tal criterio contradice la prohibición expresa de



discriminación por cualquier circunstancia o condición personal o social del artículo 14 de la Constitución y que no es compatible con la igualdad que debe existir en el acceso a la función pública.

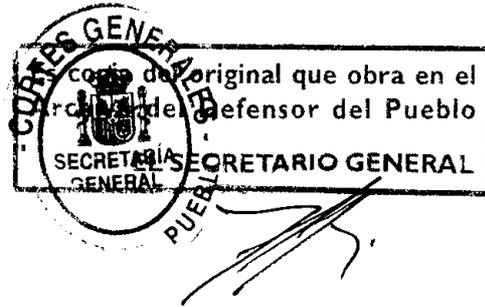
Ya se ha mencionado que el establecimiento de este criterio en el Decreto-ley responde a la incidencia directa de dos factores: la grave situación del empleo en Andalucía y la constatación de que la obtención de empleo a partir de cierta edad es altamente improbable. A ello se suma la toma en consideración de la experiencia adquirida en el desempeño de los puestos de trabajo y la antigüedad en los mismos, para adoptar este criterio como “medida activa para el mantenimiento del empleo en el sector público”, tal y como afirma el preámbulo de la norma.

1.13 /

Es cierto que la edad, como criterio de acceso al empleo, puede ser discriminatorio. El derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. A su vez, el Convenio nº 111 de la Organización Internacional del Trabajo prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación.

La prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo, se afirma en el considerando 25 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre sobre Empleo y Trabajo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Sin embargo, se añade a continuación que *“No obstante, en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren por lo tanto disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros. Resulta pues esencial distinguir las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y debe prohibirse la discriminación”*.

A este aspecto se refiere el artículo 6 de la Directiva, relativo a la justificación de diferencias de trato por motivos de edad, que autoriza a los Estados miembros a disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán



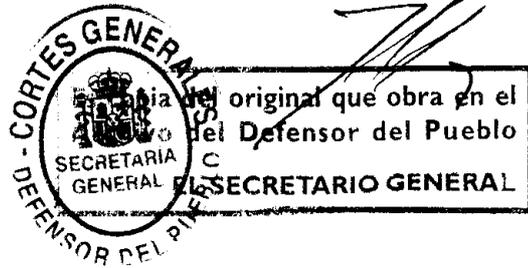
discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y, claro está, si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. En este sentido y por lo que aquí interesa, la Directiva expresa que dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular: a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas; b) el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo.

1.13
Entiende esta Institución que el requisito de edad que el Decreto-ley aplica responde a estos criterios en tanto en cuanto establece una condición especial de acceso al empleo interino para trabajadores de mayor edad, tomando en consideración las especiales circunstancias del mercado de trabajo en Andalucía y las actuales restricciones de la oferta de empleo público, por lo que no sería cuestionable.

Resta no obstante, examinar la alegación contenida en alguna de las solicitudes de recurso que plantea la inaplicabilidad de esta Directiva al ámbito de la función pública española por el régimen estatutario de la misma y por las diferencias que ello conlleva con el régimen jurídico laboral. Sin embargo, esta alegación no puede tomarse en consideración porque la propia Directiva en su artículo 3, relativo a su ámbito de aplicación dispone expresamente que alcanza "a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos", lo que despeja cualquier duda al respecto.

SEXTO. Todas las consideraciones expresadas conducen a considerar que no existen motivos para la interposición del recurso solicitado ya que la norma y su justificación formal se adecuan a los preceptos constitucionales sobre los que esta Institución tiene que basar su criterio en ejercicio de la legitimación que le confiere la Constitución para el inicio de este tipo de acciones.

Sin embargo, al Defensor del Pueblo la Constitución le atribuye también, además de esa legitimación activa para contribuir a la defensa del orden constitucional, la



facultad de supervisión de la actividad de la Administración para la garantía de los derechos de los ciudadanos. Y en este orden de actividad, sí resulta necesario efectuar algunas consideraciones adicionales a las hasta aquí efectuadas, a fin de que la norma examinada sirva al fin que la justifica y no ampare ni prolongue situaciones que pueden resultar discriminatorias y, por lo tanto, contrarias al principio de igualdad en el acceso a funciones y cargos públicos.

1. B
En la evolución de la función pública, o mejor dicho, en la del empleo público de Andalucía han sido frecuentes y numerosas las actuaciones normativas y de otra índole tendentes a consolidar situaciones de empleo temporal y precario de origen diverso. Desde el Decreto 264/1989 que regulaba el acceso en las tres primeras ofertas de empleo público en Andalucía, hasta este Decreto-ley las oportunidades que ha tenido el personal funcionario interino y el personal laboral eventual o no fijo, no han sido escasas. Los procesos selectivos correspondientes a las ofertas del período 1990-1992, la oferta de empleo de 1996, los concursos derivados de la Disposición transitoria cuarta de la ley 8/1997, las ofertas de empleo de 2003, 2005 y 2007, hasta la última de 2010, han sido vehículos de la voluntad de la Comunidad Autónoma de reducir el empleo interino o temporal facilitando generosamente el acceso al empleo público estable a quienes ya venían ocupando los correspondientes puestos de trabajo.

Esta voluntad es patente en los sucesivos acuerdos generales o sectoriales que se han venido suscribiendo con las organizaciones sindicales y con los representantes de los empleados públicos. Buena muestra de ello son el Acuerdo de estabilidad de 5 de noviembre de 1990 para los funcionarios interinos, ampliado por el Acuerdo de modernización de 26 de junio de 1992 y el Acuerdo de estabilidad para el personal laboral eventual de 5 de noviembre de 1990, hasta el Acuerdo sobre condiciones de trabajo en la Administración General de la Junta de Andalucía de 26 de febrero de 1996.

La estabilidad en el empleo, sea público o privado, es sin duda un objetivo a alcanzar, pero su logro no puede justificar el sacrificio de otros bienes o valores protegibles, que en el caso del acceso a la función pública están perfectamente definidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico. La litigiosidad que ha acompañado al desarrollo del concurso general de traslados y a la que alude el preámbulo del Decreto-ley 5/2013, no es en este aspecto una novedad.



Ya las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en relación con el Acuerdo de 1996 al que antes se ha hecho referencia y que lo anularon parcialmente, supusieron una llamada de atención respecto de la reprobable voluntad de mantener la estabilidad del personal interino esquivando directa o indirectamente los requisitos de acceso a la función pública. Otra severa llamada de atención fue la declaración de inconstitucionalidad por la STC 302/1993 de los apartados 2.2 y 2.3 de la Disposición transitoria sexta de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, apartados estos introducidos en la misma por las Leyes modificativas del Parlamento de Andalucía núms. 6/1988, de 17 de octubre y 7/1988, de 2 de noviembre y que pretendían integrar sin pruebas selectivas al personal contratado administrativo y al interino.

1.13

El personal interino es por definición temporal y el simple hecho de que en 2013 se precise resolver un problema que afecta a interinos que ya prestaban servicio en tal condición en 2005 e incluso años antes, y siguen prestándolos, ya es de por sí revelador de una situación anómala.

El Estatuto Básico del Empleado Público define a los funcionarios interinos (artículo 10), como aquellos que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera. Uno de los motivos que justifican estos nombramientos es la existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera. Cuando estos nombramientos se producen la ley dispone que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos *deben* incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

Si esta prescripción, ya presente en la anterior regulación de la función pública, se hubiera cumplido, no sería necesaria la adopción de medidas urgentes y extraordinarias para atender a un colectivo cuyos servicios a la administración Andaluza se ha mantenido constantes pese a las sucesivas ofertas de empleo público en los años de existencia de dicha Administración.

Podría argüirse que la ley de la Función pública Andaluza trata el asunto de una manera diferente al Estatuto Básico del Empleado Público ya que en su artículo 29, dispone que los funcionarios interinos “podrán ser cesados en cualquier momento por la



autoridad que los haya nombrado, y deberán serlo en el momento de la toma de posesión o de la reincorporación del titular ordinario”, precepto que desarrolla el Decreto 2/2002, a tenor del cual el personal interino “cesará en los supuestos de reorganización administrativa, modificación de la relación de puestos de trabajo, desdotación presupuestaria del puesto de trabajo y cuando se publiquen las distintas Órdenes de nombramiento de funcionarios de los Cuerpos, Especialidades u opciones de acceso incluidos en la correspondiente Oferta de Empleo Público”.

Del tenor literal del precepto podría querer entenderse que la Administración Andaluza está dispensada de la obligación de incluir las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera ello posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización. Sin embargo, el carácter básico de la normativa estatal y la competencia exclusiva del Estado en la materia impiden concluir tal cosa.

1. B /

La Disposición Final primera del estatuto Básico del Empleado Público, relativo a la habilitación competencial, afirma que sus disposiciones “se dictan al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, *constituyendo aquellas bases del régimen estatutario de los funcionarios*”; y la Disposición Final segunda que “las previsiones de esta Ley son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas respetando en todo caso las posiciones singulares en materia de sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen los respectivos Estatutos de Autonomía, en el marco de la Constitución”. Además, entender que queda al arbitrio de la Administración incluir o no las vacantes ocupadas por personal interino en las *inmediatas* ofertas de empleo, y que es posible diferir esa actuación al momento que libremente se decida, implica una desnaturalización de la figura del funcionario interino, cuya esencia es la temporalidad y la caducidad, así como una derogación tácita de los irrenunciables principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública, ya que ello posibilitaría -lo que es un riesgo evidente- la configuración de una función pública dependiente frente a la independiente e inamovible que diseña el orden constitucional.

Las circunstancias actuales del mercado de trabajo en Andalucía y las restricciones impuestas por la crisis para la incorporación de nuevos efectivos a la Administración, entre otras razones, pueden servir para no cuestionar el Decreto-ley 5/2013 ante el Tribunal Constitucional. Pero, como ya se ha mencionado, el Decreto-ley



Defensor del Pueblo

no pude contribuir a prolongar indefinidamente la anomalía que supone la permanencia irrestricta de determinado personal funcionario interino al servicio, siempre en tal condición, de la Administración pública de Andalucía.

Por ello, se ha considerado procedente que, juntamente con esta resolución desestimatoria de las solicitudes de recurso, se formule a la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía una Recomendación y Recordatorio de Deberes Legales a fin de que, en cumplimiento de la normativa vigente, se incluyan las plazas dotadas presupuestariamente ocupadas por funcionarios interinos en la próxima Oferta de Empleo Público, que debería incluir la convocatoria de los procesos de consolidación previstos en el Estatuto Básico del Empleado Público, y que se oferten éstas en los concursos de provisión que se convoquen para posibilitar la cobertura ordinaria de las mismas; o, alternativamente, en caso de no ser imprescindible su cobertura, que se acuerde su amortización.

RESOLUCIÓN

Por todo cuanto antecede, la Defensora del Pueblo, oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, acuerda no interponer el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra el Decreto-ley 5/2013, de 2 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas sobre el empleo del personal funcionario interino en la Administración General de la Junta de Andalucía.

Madrid, 2 de julio de 2013

