

INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ CON MOTIVO DE LAS SOLICITUDES A FAVOR DE QUE POR ESTA DEFENSORÍA SE INSTE, ANTE LA DEFENSORA DEL PUEBLO, RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD FRENTE AL DECRETO-LEY 5/2013, DE 2 DE ABRIL, NORMA POR LA QUE SE ADOPTAN DETERMINADAS MEDIDAS SOBRE EL EMPLEO DEL PERSONAL FUNCIONARIO INTERINO EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO. La resolución del concurso de méritos como antecedente inmediato del Decreto-Ley 5/2013.

Mediante distintas Órdenes y Resoluciones de 2 de marzo de 2011 (BOJA del día 14), de las distintas Consejerías y entes públicos que componen la Administración General e Institucional de la Junta de Andalucía, se convocaron para su provisión mediante concurso de méritos un considerable número de puestos de trabajo adscritos a personal funcionario, vacantes y dotados presupuestariamente, así como aquellos otros puestos que resultaren vacantes debido a la adjudicación a su titular de un nuevo puesto (los denominados puestos de trabajo “a resultas”), convocatorias que desde un principio fueron objeto de una alta litigiosidad (con modificación de las bases de la convocatoria y realización de baremaciones y rebaremaciones), circunstancias que han dilatado hasta abril de 2013 la resolución definitiva de los mismos.

Con fecha 27 de marzo de 2013 se publica en el BOJA la resolución definitiva de los concursos de méritos y con fecha 3 de abril de 2013, se publica en BOJA 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 para el mantenimiento de la calidad y eficiencia de los servicios públicos a la ciudadanía (iniciativa legislativa convalidada por el Parlamento de Andalucía en sesión de 24 de abril de 2013 – BOJA de 8 de mayo-).

Dicha norma establece que a partir de dicho Decreto-Ley la provisión de puestos en interinidad se llevará a cabo mediante la selección prioritaria del personal funcionario interino que 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. A continuación, la selección se realizará entre los aspirantes que, habiendo concurrido a las pruebas selectivas de la última Oferta de Empleo Público (OEP) y no habiendo obtenido plaza, hubieran superado el mayor número de ejercicios conforme a las actas de los correspondientes órganos de selección.

SEGUNDO. Posicionamientos en contra y a favor del encaje constitucional del Decreto-Ley 5/2013.

Frente a esta norma se han presentado un número considerable de quejas por vulneración de los derechos fundamentales de igualdad de oportunidades y discriminación por edad, entre otros motivos (Queja núm. 13/1568, Queja núm. 13/2334, Queja núm.13/2347, Queja núm.13/2341, Queja núm.13/2500, Queja núm.13/2504, Queja núm.13/2547, Queja núm.13/2607, Queja núm.13/2610, Queja núm.13/2611, Queja núm.13/2704, Queja núm.13/2710, Queja núm. 13/2809, Queja núm.13/2813, Queja núm.13/2822, Queja núm.13/2840).

Dichas quejas traen a colación el largo y tortuoso proceso de consolidación de los funcionarios interinos al servicio de la Junta de Andalucía, al entender que el citado Decreto-Ley trae causa de las distintas vicisitudes por las que ha atravesado dicho proceso paralelamente a la conformación de la función pública de la Administración Autonómica como Administración de nuevo cuño, toda vez que la exigencia de edad que dicha norma introduce conecta directamente con el largo recorrido administrativo a que se refieren.

En este sentido se hace recordatorio del inicial Decreto 264/1989, de 27 de diciembre, por el que se regulaba el acceso a la función pública andaluza en las tres primeras Ofertas de Empleo Público (OEP) y del paralelo Acuerdo de estabilidad de 5 de noviembre de 1990 para los funcionarios interinos (y de 7 de noviembre para el personal laboral eventual), ampliado por Acuerdo de Modernización de 26 de junio de 1992, que tras la ultimación de dichos procesos selectivos en el periodo 1990-1992 y la ausencia de OEP en 1994 y 1995, se continúa con la aprobación de la OEP de 1996 (Decreto 528/1996, de 26 de diciembre) y el Acuerdo sobre condiciones de trabajo de 26 de febrero de 1996, con el que se daba continuidad a los interinos que permanecían en dicha condición tras el anterior proceso, ofertas y pactos que fueron objeto de complemento legislativo en la Disposición transitoria cuarta de la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, habilitando un sistema de concurso-oposición para la selección del personal interino existente a 31.12.95, a cuyo amparo se vincularon diversos concursos para la consolidación del personal interino.

No obstante, el marco de estabilidad descrito, como los procesos de consolidación, se vieron sustancialmente afectados como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 1189/1996, de 17 de enero, al anular el compromiso de estabilidad establecido en el apartado 3.2.3 del citado Acuerdo de 26 de febrero de 1996.

Tras la aprobación del Reglamento de ingreso, promoción interna, provisión y promoción profesional por Decreto 2/2002, de 9 de enero, y al amparo del Acuerdo de 24 de octubre de 2003 sobre mejora de las condiciones de trabajo y en la prestación de los servicios públicos, se efectúan las ulteriores OEP mediante el sistema preferente de concurso-oposición que culmina con la última OEP de 2010 (Decreto 401/2010, de 9 de noviembre).

Frente a este posicionamiento discrepante, por la representación sindical USTEA se aporta un listado de 3.200 firmas a favor de la legalidad y oportunidad del citado decreto-ley (Queja núm. 13/2886), exponiendo el marco constitucional y legal regulador del acceso al empleo público, la excepcionalidad y provisionalidad de las medidas incorporadas al mismo, la escasa incidencia del personal interino afectado frente a la generalidad de las bolsas de empleo temporal existentes, la imposibilidad de poner en marcha los procesos de consolidación previstos en el EBEP y muy especialmente las circunstancias de difícil reinserción laboral de los funcionarios interinos objeto de cese en atención a las circunstancias de elevada edad existentes en dicho colectivo.

TERCERO. La actual y desfavorable coyuntura para la consolidación o inserción laboral del personal interino afectado por el Decreto-Ley 5/2013.

El EBEP establece dos vías encaminadas a evitar o reducir la temporalidad, la vía de las OEP (art. 70 en relación al Capítulo I del Título IV) y los procesos de consolidación de empleo temporal (Disposición transitoria cuarta).

Durante la pasada década, varias han sido las OEP desplegadas por la Junta de Andalucía respecto a plazas correspondientes a la Administración General, en particular las correspondientes a 2003, 2005 y 2007, en las que la Junta se comprometió con el empleo estable y convocó las correspondientes oposiciones mediante el sistema de concurso-oposición en el que la valoración de los ejercicios prevalecía sobre los méritos, circunstancia que ha venido facilitando la inserción funcional de buena parte del personal interino afectado por los pactos de estabilidad de la década precedente. Muchos de estos interinos se presentaron a las convocatorias y obtuvieron plaza y otros, o bien no superaron el proceso o decidieron no presentarse, permaneciendo en sus puestos originarios o en otros puestos reubicados. A parte de estos últimos, y en concreto aquellos que han resultado afectados por la resolución del concurso de méritos de marzo de 2011, se refiere el Decreto-Ley 5/2013, a los que considera como “colectivo prioritarios” en orden a su inserción laboral en el empleo público a que se refiere.

Tanto la vía de las OEP como la de consolidación de empleo temporal se han visto afectadas en la coyuntura de crisis económica que atraviesa nuestro país durante este último quinquenio (coincidiendo con la vigencia del EBEP), aspecto que destaca el preámbulo del Decreto-Ley 5/2013 al expresar que *“las medidas de racionalización del gasto y reducción del déficit público adoptadas con carácter general por las Administraciones Públicas están sometiendo a éstas a un proceso de redimensionamiento de sus recursos humanos que (...) está incidiendo de manera fundamental en personas que vienen desempeñando sus puestos en la Administración andaluza de manera interina. En circunstancias normales dicho personal funcionario interino podría verse beneficiado por las correspondientes convocatorias de consolidación de empleo temporal a que se refiere la Disposición transitoria cuarta del EBEP. Sin embargo, la actual coyuntura económico-presupuestaria ha determinado que la aplicación de esta Disposición transitoria cuarta se haya visto afectada por las restricciones establecidas en el artículo 23 de*

la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del estado para el año 2013, siendo incierto si tales restricciones se mantendrán o no para futuros ejercicios presupuestarios”.

En el año 2011, y como consecuencia de la convocatoria de los distintos concursos de méritos convocados “a resultas”, esto es, donde se convocan todas las vacantes, incluidas las ocupadas por los propios funcionarios de carrera participantes en el concurso, algunas de las plazas ocupadas por los interinos citados son solicitadas y adjudicadas a funcionarios de carrera, desplazando al personal interino que venía desempeñándola con anterioridad.

Ante dicha situación, en la Mesa Sectorial celebrada el 21 de marzo de 2013, se plantea la conveniencia de articular un acuerdo que atienda la situación creada, sin un posicionamiento mayoritario ni favorable al mismo por la parte sindical, y en la que la Junta de Andalucía informa sobre los efectivos existentes en situación de interinidad (un total de 2.029 interinos, de los que 846 interinos son mayores de 45 años y con nombramiento anterior a 1 de enero de 2005).

Como quiera que las actuales limitaciones de las últimas Leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado, no se pueden aprobar Ofertas de Empleo Público, especialmente en lo que se refiere a plazas incardinadas en la Administración General de la Junta de Andalucía, las escasas vacantes que se oferten en interinidad lo serán a favor de este colectivo prioritario (por orden de antigüedad por los servicios desempeñados) y, una vez agotado este colectivo, se llamará por su orden a los integrantes de la lista de aspirantes que participaron en la última convocatoria y no obtuvieron plaza.

La cuestión de la temporalidad en el sector público es una cuestión ancestral en el empleo público, que tiene su inmediato precedente al EBEP de 2007 en la *“Declaración para el Dialogo Social en las Administraciones Públicas” de 21 de septiembre de 2004, por el que se establece como una de las prioridades la reducción de la tasa de temporalidad y la necesidad de alcanzar un compromiso sobre estabilidad en el conjunto del empleo público, con la finalidad de conseguir la reducción progresiva de la tasa de temporalidad tomando como referencia un objetivo que no supere como máximo el 10%.*

Posteriormente en la *“Declaración para la reducción de la temporalidad en el empleo en el sector público”*, llamada *“La Declaración de Murcia”*, suscrita el 14 de Junio de 2005 por la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, se declaraba que *“la temporalidad en el empleo del sector público se ha identificado como uno de los principales problemas del sector y la reducción de los empleos no fijos sobre el total del empleo público se ha convertido en uno de los objetivos prioritarios tanto de las organizaciones sindicales como de los órganos de gobierno de las distintas administraciones públicas”.*

La circunstancia de que el EBEP naciera en el 2007, de forma coetánea al inicio de la crisis económica y correlativa de los presupuestos públicos, ha motivado

que los procesos de consolidación a que se refiere la disposición transitoria cuarta del EBEP no haya podido llevarse a cabo, toda vez que las últimas leyes anuales de presupuestos han venido estableciendo severas limitaciones respecto al incremento del gasto público en el capítulo de personal.

Así pues, el EBEP, consciente de la endémica situación existente en la Administración Pública, incide de nuevo en el problema de la situación en la que se encuentra una multitud de empleados públicos instando la promoción de acciones a favor de su regularización.

La Exposición de Motivos de dicho Estatuto señala que *“por otra parte, el Estatuto refuerza las garantías de transparencia en lo relativo al número y retribuciones del personal eventual y contiene algunas normas para combatir la excesiva tasa de temporalidad en el empleo público que se ha alcanzado en algunas Administraciones y sectores”*.

Es la Disposición Transitoria cuarta del EBEP la que trata de solucionar el problema existente y, con el título de *“Consolidación de empleo temporal”*, dispone que:

“1. Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.

2. Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad”

Pues bien, tales procesos no se han llevado a cabo en el ámbito de la Administración General de la Junta de Andalucía, tal y como expresa el propio preámbulo del decreto-ley al decir que *“en circunstancias normales dicho personal funcionario interino podría verse beneficiado por las correspondientes convocatorias de consolidación de empleo temporal a que se refiere la Disposición transitoria cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto Básico del empleado Público. Sin embargo, la actual coyuntura económico-presupuestaria ha determinado que la aplicación de esta Disposición transitoria cuarta se haya visto afectada por las restricciones establecidas en el artículo 23 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del estado para el año 2013, siendo incierto si tales restricciones se mantendrán o no para futuros ejercicios presupuestarios.”*

Por otro lado e íntimamente relacionado con este aspecto, cabe tener en cuenta el desfavorable contexto en que se ha desenvuelto las Ofertas de Empleo Público de la Junta de Andalucía de los últimos ejercicios, ante las severas limitaciones establecidas por la legislación básica estatal a través de las distintas leyes anuales de presupuestos, circunstancia que ha motivado que en el periodo de vigencia del EBEP haya realizado Ofertas de Empleo Público para los ejercicios

2007, 2009 y 2010 y en relación a determinados cuerpos y especialidades y en número muy reducido de plazas, lo que a la postre a supuesto un motivo añadido al estado de situación a que nos referimos.

No obstante, cabe señalar que la Junta de Andalucía (a diferencia de las Universidades públicas andaluzas y de un considerable número de Corporaciones Locales) no ha hecho uso de este instrumento de consolidación de empleo temporal, lo que en cierta manera explica el considerable número y antigüedad de buena parte del colectivo de funcionarios interinos de su Administración General, cuyo peso específico y responsabilidad de su estado de situación es atribuible en buena parte a la misma.

Respecto a la consolidación del empleo temporal prevista en esta disposición transitoria del EBEP cabe decir que las distintas Administraciones han venido haciendo un uso más o menor intenso de esta excepcional vía durante el periodo 2007 a 2012, toda vez que las distintas leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado han venido estableciendo que las limitaciones establecidas respecto a las tasas de reposición en las Ofertas de Empleo Público no resultan de aplicación a las plazas incursas en los procesos de consolidación, o lo que es lo mismo, se establece la prohibición de convocatorias de procesos de consolidación, salvo que se traten de procesos de consolidación en curso provenientes de ejercicios presupuestarios precedentes (V. art. 23 de las Leyes estatales 2/2008, 26/2009 y 39/2010 y 17/2012 relativas a las anualidades de 2009, 2010 y 2011 y 2013).

II. ALCANCE Y CONTENIDO DEL DECRETO-LEY 5/2013, DE 2 DE ABRIL

PRIMERO. Alcance y contenido material del Decreto-ley 5/2013

El artículo único del citado Decreto-Ley expresa lo siguiente:

“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 fija o permanente con la Administración de la Junta de Andalucía o sus entes instrumentales.”

Así pues, de este precepto cabe extraer lo siguiente:

1º. Ámbito subjetivo

La norma va referida exclusivamente a un colectivo de personal muy determinado al momento de su publicación y efectividad: el personal funcionario interino de la Administración (“General” como señala el párrafo séptimo del preámbulo del Decreto-Ley) de la Junta de Andalucía que cese, a partir de su entrada en vigor, en el desempeño de su puesto por resultar adjudicado a un funcionario de carrera en cualquiera de los procesos reglamentarios de selección o provisión, y que a su vez cumpla el doble requisito de antigüedad y edad siguiente:

- Que viniere prestando servicios (en interinidad) con anterioridad a 1 de enero de 2005 y,
- Que a 31 de diciembre de 2013 cuente con 45 o más años de edad.

Con esta regulación el precepto no va referido a la totalidad de los interinos existentes a dicha fecha en la Administración General de la Junta de Andalucía (evaluados en 2.029 interinos en la actualidad), ni siquiera a los 845 interinos mayores de 45 años y que vienen desempeñando puestos en interinidad con anterioridad a 1 de enero de 2005 (datos aportados por la Secretaría General para la Administración Pública en la Mesa Sectorial de Negociación en su reunión de 21 de marzo de 2013), sino a los interinos que con carácter inmediato (“de manera inminente” como refiere el párrafo onceavo del preámbulo) va a cesar como consecuencia de la resolución del último concurso de méritos (que alcanza a un total de 96 interinos (37 encuadrados en los grupos A y B y 56 en los grupos C y D), así como aquellos otros que posteriormente cesen en su puesto por cualquiera de los

procesos reglamentarios de selección o provisión (funcionarios de nuevo ingreso, concursos de méritos, reingresos, etc.).

De esta forma el Decreto-Ley no va referido a un colectivo indeterminado de personas, sino en concreto a un colectivo de funcionarios interinos inicialmente beneficiarios tras su cese de la medida positiva adoptada por el mismo (prioridad en la bolsa de empleo correspondiente a su cuerpo y especialidad frente al resto de los aspirantes integrantes de la misma), así como aquellos otros interinos que posteriormente y durante la vigencia del Decreto-Ley sean objeto de cese por idénticos o similares motivos. Así pues, esta circunstancia hace que estemos ante una disposición de carácter general declarativa de derechos respecto a los destinatarios-beneficiarios, a cuyo favor se establece una prioridad temporal sobre los aspirantes a interinidad integrantes de las bolsas existentes conformadas con arreglo a lo dispuesto en el Decreto 2/2002.

Se excluyen de este derecho de preferencia al personal funcionario interino que, a su vez, mantenga una relación de carácter fija o permanente con la Administración de la Junta de Andalucía (apartado 5 en relación al personal interino referido en el apartado 2).

Igualmente se excluyen aquellos otros supuestos de cese en la interinidad que no traen causa de la adjudicación del puesto a funcionario de carrera por vía de procesos de selección o provisión, como pueden ser los supuestos de reorganización administrativa, modificación de la relación de puestos de trabajo y desdotación presupuestaria del puesto de trabajo.

2º. Ámbito objetivo.

El ámbito objetivo o contenido del Decreto-Ley se circunscribe exclusivamente a otorgar preferencia al colectivo beneficiario (interinos cesados), al que califica como “colectivos prioritarios” en el titulado del artículo único, a la hora de ser seleccionado para la provisión interina de puestos, anteponiéndolos a los aspirantes procedentes de la bolsa de empleo temporal conformada con arreglo a lo dispuesto en el Decreto 2/2002.

Dicha preferencia o prioridad se acomete disponiendo que dicha selección 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. 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”* (apartados 2 y 3), sin perjuicio de reiterar en el apartado anterior que *“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.”(apartado 1).

A la prioridad del colectivo se añade en el precepto las áreas o sectores “prioritarios” a la hora de la asignación de destinos que 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.”(apartado 4).*

3º. Ámbito temporal.

Con deficiente técnica normativa, el Decreto-Ley alude a la temporalidad de la vigencia de la norma en el párrafo noveno del preámbulo, y no en el articulado del mismo, en los siguientes términos:

“El límite temporal que actúa como requisito necesario para determinar el ámbito de aplicación de esta medida encuentra fundamento en la Disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público, que permite a las Administraciones Públicas, con garantía del cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad, efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad al 1 de enero de 2005, aunque transitoriamente la aplicación de esta Disposición se halle limitada por lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado respecto de la tasa de reposición de efectivos durante el año 2013. Por tanto, se mantendrá en principio hasta que puedan convocarse y resolverse las citadas convocatorias de consolidación de empleo temporal.”

De esta forma, puede deducirse que la temporalidad o provisionalidad de la excepcionalidad del derecho preferente que se regula en la norma deriva de lo dispuesto en la citada disposición transitoria del EBEP.

Así pues, y con la matización que realiza el inciso final de este párrafo (*“en principio”*), la temporalidad alcanzará *“hasta que puedan convocarse y resolverse las citadas convocatorias de consolidación de empleo temporal”*, temporalidad que como hemos dicho no se recoge como mandato en el articulado de la norma, introduciendo un componente de incertidumbre e inseguridad jurídica, toda vez que la citada disposición transitoria no establece término ni número de convocatorias específicas a dicha finalidad.

SEGUNDO. Modificación implícita del Decreto 2/2002 por el Decreto-Ley 5/2013.

Aunque el articulado (único) del Decreto-Ley no incorpora modificación expresa de la regulación de esta materia en la legislación de empleo público, ciertamente la prioridad que la norma introduce respecto al colectivo beneficiario se aborda a contracorriente de la regulación general establecida en el artículo 28 del Decreto 2/2002, de 9 de enero, que dispone respecto a la selección del personal interino de la Administración General de la Junta de Andalucía lo siguiente:

“2. La selección se realizará preferentemente 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.

En este sistema podrán valorarse, además, la experiencia, la formación y las pruebas que garanticen la idoneidad del seleccionado para el adecuado desempeño de las funciones del puesto de trabajo.

3. Con carácter subsidiario, si no existieran aspirantes que reúnan las condiciones a que se refiere el apartado 2 de este artículo, se procederá a remitir oferta genérica al Servicio Andaluz de Empleo, en solicitud de demandantes de empleo que reúnan las mencionadas condiciones.”

Así pues, la preferencia a que alude este apartado, anteponiendo a los aspirantes procedentes del proceso selectivo sobre los provenientes, en su caso, de las ofertas genéricas atendidas por el SAE, se modifica, siquiera temporalmente, por el Decreto-Ley anteponiendo a ambos el colectivo prioritario a que se refiere el mismo.

El propio preámbulo del Decreto-Ley es consciente del difícil encaje de esta preferencia en el marco regulador del Decreto 2/2002 al expresar que “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. Las razones que avalan esta medida de discriminación positiva son, esencialmente, la edad y el valor añadido de su experiencia profesional, criterios ambos considerados por la anteriormente citada Directiva europea como suficientes para establecer unas condiciones mínimas, generadoras de diferencia de trato en el acceso al empleo y en las condiciones del mismo.”

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO.- La concurrencia de título habilitante (*“extraordinaria y urgente necesidad”*).

A) Previsiones constitucionales y doctrina constitucional sobre el título habilitante.

Respecto a la concurrencia de la *“extraordinaria y urgente necesidad”* en este tipo de iniciativa legislativa existe una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, constituyendo esta circunstancia el presupuesto habilitante exigido al Gobierno por el art. 86.1 de la Constitución Española (CE) y por el art. 110 del Estatuto de Autonomía de Andalucía. Dicha doctrina ha sido sintetizada en las SSTC 68/2007, de 28 de marzo (Fundamento Jurídico 6), 189/2005, de 7 de julio, y 329/2005, de 15 de diciembre, siguiendo la contenida en anteriores resoluciones del Tribunal, esencialmente en las SSTC 182/1997, de 28 de octubre, 11/2002, de 17 de enero, y 13/2003, de 3 de julio.

Así, el Alto Tribunal ha señalado que han de exigirse tres requisitos para que pueda estimarse concurrente el presupuesto habilitante:

1º. Que los órganos políticos hayan explicitado y razonado la concurrencia de la situación de extraordinaria y urgente necesidad que se pretende afrontar con el instrumento normativo. Para apreciar si concurre tal razonamiento debe hacerse una *“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 la Exposición de Motivos 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; 182/1997, de 28 de octubre y 11/2002, de 17 de enero), 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; 182/1997, de 28 de octubre; 11/2002, de 17 de enero y 137/2003, de 3 de julio).

Por otro lado, el Tribunal no está vinculado a la justificación exteriorizada por el Gobierno como justificación del Real Decreto-Ley, sino que puede indagar en *“la verdadera razón que motivó”* la adopción de las concretas medidas, valorando las declaraciones de representantes de alguno de los grupos parlamentarios que intervinieron en el debate de convalidación (STC 137/2003).

2º. Que la valoración que los órganos políticos han efectuado sobre la concurrencia del presupuesto no sea abusiva o arbitraria. Así, el Tribunal comienza por *“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”*, (STC 189/2005, de 7 de julio), y por recordar que *“el control que compete al Tribunal Constitucional en este punto es un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de*

oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario (art. 86.2 CE)” (SSTC 182/1997, de 28 de octubre y 137/2003).

En principio, por ello, corresponde al Gobierno y al Congreso, en el doble control de la concurrencia del presupuesto habilitante, apreciar la existencia de la extraordinaria y urgente necesidad a que se refiere el art. 86 CE. Sólo en los casos “*de uso abusivo o arbitrario*”, podrá el Tribunal Constitucional “*rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada*” y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de un Decreto-ley por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución (SSTC 11/2002, de 17 de enero; 137/2003 y 189/2005).

3º. Que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan (STC 29/1982 y STC 189/2005), 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).

El último análisis del Tribunal sobre la licitud o ilicitud constitucional del uso del Real Decreto-ley por parte del Gobierno se contiene en su sentencia 68/2007, de 28 de marzo, en la que viene a estimar dos recursos acumulados de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y por más de cincuenta Diputados pertenecientes a los Grupos parlamentarios Socialista, Federal de Izquierda Unidad y Mixto del Congreso de los Diputados, contra el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, declarando “*inconstitucional y nulo el citado Real Decreto-ley, por vulneración del art. 86.1 CE*”, al entender que el Gobierno no ha aportado ninguna justificación que permita apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante requerido” (Fundamento Jurídico 12).

El TC en la referida sentencia ha venido a extremar la exigencia que pesa sobre el Gobierno de justificar la concurrencia de las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que le habilitan para dictar un Real Decreto-Ley, indicando expresamente que aquél debe precisar las circunstancias que justifican el Real Decreto-ley, sin que pueda recurrir a “*fórmulas rituales de una marcada abstracción*”, ni a “*argumentos (...) marcadamente teóricos y abstractos, impidiendo con ello todo control de contraste con la realidad*”.

El Tribunal Constitucional viene a concluir que si bien el Gobierno dispone de “*un amplio margen de discrecionalidad política en la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad*”, no es ésta “*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*”(Fundamento Jurídico 6).

B) Justificación aducida en el preámbulo del Decreto-Ley respecto al título habilitante.

Pues bien, suele ser práctica común a los reales decreto-leyes estatales y a los decretos-leyes autonómicos que estos justifiquen los motivos de la utilización de este instrumento normativo, y en concreto la extraordinaria y urgente necesidad, en los preámbulos, aludiendo a la necesidad de una acción normativa inmediata, ante la ineficacia del procedimiento legislativo ordinario, o de urgencia, para responder a una situación imprevisible, en suma, para que concurra el presupuesto habilitante.

Para controlar la concurrencia de ese presupuesto habilitante, como se ha dicho, es preciso analizar dos elementos: en primer lugar, los motivos que habiendo sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación, hayan sido explicitados de una forma razonada; y, en segundo lugar, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a la misma.

En primer lugar, respecto a la identificación de los motivos que amparan la supuesta urgencia, y que habrá que extraer de “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 la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma”, conforme a la doctrina constitucional citada, hemos de acudir al párrafo onceavo del preámbulo del citado Decreto-Ley, que justifica la extraordinaria y urgente necesidad del dictado del mismo al decir que *“viene determinada por el hecho de que de manera inminente el personal a 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”*.

A este respecto cabe decir que *“la inminencia”* a que se refiere el preámbulo no es otra que la inminente toma de posesión de los puestos desempeñados por funcionarios interinos que resultan adjudicados a funcionarios de carrera como consecuencia de la resolución de los distintas convocatorias de concursos de méritos convocados en marzo de 2011, inminencia que viene dada por el establecimiento de la fecha término de 4 de abril de 2003 para cesar en sus destinos a dichos funcionarios adjudicatarios en sus anteriores destinos (apartado segundo de las Órdenes y Resoluciones de los concursos convocados), no siendo otro el motivo por el que el Decreto-Ley 5/2013, de 2 de abril, se publique el 3 de abril de 2013, día inmediato al término fijado para sus ceses (4 de abril).

No obstante, la “*inminencia*” que aduce como justificación el citado Decreto-Ley no se agota con la misma, toda vez que se encuentran en ciernes tomas de posesión de funcionarios de nuevo ingreso provenientes de la última OEP de 2010, que igualmente provocarán ceses de funcionarios interinos incluidos en el ámbito subjetivo del decreto-ley, lo que de alguna manera impide proceder a su regulación por la vía legislativa ordinaria, o si se quiere por la de urgencia.

En segundo lugar, es necesario un juicio de adecuación entre la motivación esgrimida y las medidas concretas adoptadas por el decreto-ley. A nuestro modo de ver, no se configura como una relación de proporcionalidad, sino como un juicio de idoneidad, cualitativa y cuantitativa, temporal o permanente, para combatir, con la acción normativa inmediata, la situación de urgencia alegada.

Frente a la motivación esgrimida a favor de las medidas activas o de discriminación positiva que concreta el Decreto-Ley, de alcance subjetivo determinado o determinable en el tiempo (en lo que se refiere a los interinos cesados por las resoluciones de los concursos se totalizan al momento de su publicación en 96 interinos, a los que se sumarán en un futuro –durante la vigencia temporal del Decreto-Ley- mediante incorporación de funcionarios de nuevo ingreso, reingresos de excedentes, etc.) que bien podrían alcanzar a cientos de funcionarios interinos a corto o medio plazo, cifras muy superiores al colectivo aspirante afectado (los que integran las distintas bolsas, se nos antoja ciertamente proporcionada como adecuada a la finalidad pretendida, aspecto sobre el que trataremos más ampliamente al referirnos a las medidas de discriminación positiva que a favor de este concreto colectivo se hace prevalecer frente a la generalidad de los integrantes de las bolsas a la fecha de publicación del Decreto-Ley.

Este aspecto que aquí destacamos es constatable en el preámbulo del decreto-ley cuando trayendo a colación en sus dos primeros párrafos alusión a la actual crisis económica y a las necesarias medidas de racionalización del gasto y de reducción del déficit público (que sufre la ciudadanía española en general) y al necesario proceso de redimensionamiento de los recursos humanos de las Administraciones públicas (que afecta a los servidores públicos en general) se concluye que “*está incidiendo de manera fundamental en personas que vienen desempeñando sus puestos en la Administración andaluza de manera interina*”.

C) El tratamiento del título habilitante en el debate parlamentario de convalidación.

En el preceptivo debate y votación del Decreto-Ley en el trámite parlamentario correspondiente (DSPA de 24 de abril y BOPA de 26 de abril de 2013), las distintos Grupos Parlamentarios de la coalición gubernamental se reiteran respecto a las razones de extraordinaria y urgente necesidad, trayendo a colación los datos numéricos aportados por la Administración en la Mesa Sectorial, poniendo especial énfasis en que el texto legislativo pretende conciliar dicho estado de situación con las circunstancias que rodean la dificultad para poner en marcha los procesos de consolidación, toda vez que la habilitación legal por parte del EBEP de

2007 y las restricciones legales impuestas por las sucesivas leyes estatales de presupuestos se superponen a partir de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2009 (Ley 2/2008, de 23 de diciembre a la actual Ley 17/2012, de 27 de diciembre), limitaciones en las tasas de reposición sobre las que se incluyen inicialmente las plazas desempeñadas por personal interino, a excepción de las incursas en procesos de consolidación (Ley 2/2008) hasta alcanzar finalmente a estas últimas.

Por su parte, el Grupo parlamentario opositor rechaza en la forma y en el fondo la iniciativa, decantándose por la tramitación ordinaria como proyecto de ley, señalando la ausencia de voluntad gubernamental para poner en marcha los procesos de consolidación en el escaso margen temporal otorgado por las leyes anuales de presupuestos, a la par que anteponiendo el interés específico de los colectivos prioritarios señalados por el decreto-ley frente al interés general de todos los andaluces (sic).

SEGUNDO.- Principios constitucionales regidores del acceso al empleo público relacionados con el Decreto-Ley 5/2013

A) Los principios constitucionales regidores en el acceso al empleo público

Los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad establecidos en los arts. 23.3 y 103.3 de la CE son aplicables, sin distinción, tanto a la selección de los funcionarios de carrera como interinos, recogiendo en este sentido tanto en los preceptos reguladores de una y otra clase de funcionarios.

En lo que se refiere a los funcionarios interinos, el art. 10.2 del EBEP se remite expresamente a estos principios y más en concreto su Disposición transitoria cuarta, relativa a los procesos de consolidación del personal funcionario interino, respecto de los cuales se dispone que *“los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.”*

En el mismo sentido se postula el apartado 1 del art. 28 del Decreto 2/2002, de 9 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso, promoción interna, provisión y promoción profesional de los funcionarios de la Junta de Andalucía, disponiendo:

“1. Los procedimientos de selección de personal interino, que se efectuarán con publicidad y con respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, estarán basados en criterios objetivos que garanticen la idoneidad para el desempeño de las funciones del puesto a proveer y se desarrollarán por los sistemas que se establecen en el presente artículo.”

El propio Decreto-Ley 5/2013 se reitera a este respecto al afirmar en el apartado 1 de su artículo único que *“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.”

Así pues, aunque la reiteración a los principios constitucionales reguladores en el acceso al empleo público, definitivo o temporal, se destaca en el frontispicio de la norma, si bien matizando con su inciso final que tales procesos de selección se efectuarán “*atendiendo, en su caso, a los colectivos prioritarios que se determinen*”, determinación que aborda en los siguientes apartados del artículo único, con la discriminación y la justificación que igualmente se aborda en el texto de la norma, aspectos sobre los que nos referimos a continuación.

B) La concreta vulneración del principio constitucional de igualdad y no discriminación.

Se alega la vulneración del principio de igualdad, referido al tratamiento discriminatorio de un específico grupo de aspirantes a interinidad (interinos cesados como consecuencia de la adjudicación a favor de funcionarios de carrera provenientes de los procesos de selección y provisión y que cumplen las especificaciones de edad y experiencia profesional fijados en el Decreto-Ley) respecto al resto de los integrantes de las bolsas de la Administración General de la Junta de Andalucía. En suma, se afirma que la discriminación positiva que introduce el citado Decreto-Ley implica la vulneración del principio constitucional de no discriminación (arts. 14 y 23.2 CE).

Pues bien, con fundamento en dichos principios constitucionales se ha venido configurando en los últimos años la práctica administrativa de las bolsas de empleo temporales o interinidades de la Administración General de la Junta de Andalucía para cada una de los cuerpos y especialidades, publicitadas y actualizadas a través de la página web del Instituto Andaluz para la Administración Pública (IAAP).

La circunstancia y persistencia de que un determinado cupo de puestos hayan venido siendo provistos de forma interina por un colectivo con un carácter permanente trae causa del Acuerdo sobre Condiciones de Trabajo en la Administración General de la Junta de Andalucía de 26 de febrero de 1996, aprobado por Decreto del Consejo de Gobierno de 12 de marzo de 1996, relativo al pacto de estabilidad con el personal interino hasta que se convocasen sus plazas (punto 2 del apartado 3.2.3), al que nos hemos referido en los antecedentes de esta resolución y con independencia de que parte del personal a que afecta esta norma se incardine en el colectivo objeto de aquel acuerdo de estabilidad.

En este sentido, puede afirmarse que el citado Decreto-Ley 5/2013 mantiene una línea de continuidad con los pactos de estabilidad que le preceden, esta vez no garantizando la permanencia en el puesto de trabajo desempeñado en interinidad, sino como colectivo prioritario en la correspondiente bolsa correspondiente al cuerpo y especialidad de adscripción, situándolo con prioridad al

resto de los integrantes de las bolsas provenientes de las previsiones establecidas en el art. 28.2 del Decreto 2/2002.

De esta forma, cabe deducir que en la primera línea de todas y cada una de las bolsas se sitúan como un primer bloque, los interinos cesados a consecuencia del cese en el desempeño del puesto por resultar adjudicado a un funcionario de carrera en cualquiera de los procesos reglamentarios de selección y provisión y que cumplan los requisitos del Decreto-Ley 5/2013 (artículo único.2), por orden de antigüedad por los servicios desempeñados como funcionario interino en la Administración General de la Junta de Andalucía (tal y como se explicita en el encabezamiento de los listados publicados), para a continuación de estos, un segundo bloque conformado por los aspirantes a que se refiere el art. 28.2 del Decreto 2/2002.

Sin duda, en el primero de los grupos (que en el Decreto-Ley se califica como "*colectivo prioritario*") nos encontramos con funcionarios provenientes o no del "*pacto de estabilidad*" de 1996, que acreditando una antigüedad en la interinidad anterior al 1 de enero de 2005 (que puede ser sólo de días o meses si su nombramiento se ha efectuado en el año 2004, o de años si es anterior) acredite igualmente una edad superior a los 45 años al 31 de diciembre de 2013, colectivo que con independencia de que al cese se integre en las correspondientes bolsas de interinidades (por su participación en los distintas y última convocatoria correspondiente al cuerpo y especialidad (que comprenden convocatorias referidas al periodo 2003-2010) se superponen en la misma, por el orden de antigüedad por tiempo de servicios que acrediten entre sus iguales, frente a los aspirantes conformados por vía del art. 28.2 del Decreto 2/2002.

En todo caso, los datos relativos al número potencial de interinos afectados, edad y tiempo de servicios prestados avalan la medida articulada en el decreto-ley, toda vez que el número de interinos con los requisitos de edad existentes en la actualidad son de 2.029, de los cuales 845 tiene nombramientos anteriores al 31.12.2005, 223 los puestos afectados por la resolución del concurso de méritos de marzo de 2011, de los que 96 funcionarios interinos son los desplazados y cesados como consecuencia de la resolución de dicha convocatoria, colectivo diana inicial del decreto-ley (datos suministrados por la Secretaría general para la Administración Pública en la sesión de la mesa Sectorial de Negociación de la Administración General de la Junta de Andalucía de 21 de marzo de 2013).

Por otro lado, cabe destacar, aparte de la edad de los funcionarios interinos afectados, según datos aportados a la citada sesión de la Mesa Sectorial, aquellos que acreditan una mayor experiencia y antigüedad en el desempeño interino de sus funciones, y en concreto los que acreditan más de 20 años de antigüedad, no solo suponen un porcentaje mayoritario, sino que se sitúan en tramos de edad muy elevados: los mayores de 55 años representan el 38%; entre 50 y 54 años el 30%; entre 45 y 49 años el 27% y menores de 45 años el 5%.

A este respecto, el Decreto-Ley trae en su apoyo tanto un argumento político (el compromiso programático del “Acuerdo por Andalucía” firmado el 18 de abril de 2012 entre las formaciones políticas PSOE-Andalucía e IULV-CA de base al Gobierno de coalición) y otro jurídico, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, afirmando:

“Ya desde las Directrices para el empleo aprobadas por el Consejo Europeo de Helsinki a finales de 1999, la Unión europea ha venido subrayando la necesidad de promover un mercado de trabajo favorable a la integración social, con especial atención al apoyo concedido a las personas trabajadoras de más edad, a fin de prolongar su participación en la población activa. y ha sido 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, la que ha venido a permitir que, en determinadas circunstancias, los estados miembros puedan disponer diferencias de trato por motivos de edad, si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y siempre que los medios para lograr este objetivo sean adecuados y necesarios. Dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular, y entre otras, 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 remuneración, para los jóvenes, las personas trabajado las de mayor edad y quienes tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar su protección; y asimismo, 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.”

Así pues, la Directiva 2000/78/CE se convierte en el eje y justificación del Decreto-ley 5/2013, norma de Derecho Comunitario que avala y habilita a que por los Estados Miembros, en sus diversos niveles territoriales, se puedan establecer discriminaciones positivas por motivos de edad, como es el caso, lo que nos obliga a analizar este aspecto de la Directiva, así como la perspectiva de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia Europeo a este respecto.

C) Especial referencia a la Directiva 2000/78/CE del Consejo Europeo.

La Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, dispone en su artículo 6, respecto a la edad, lo siguiente:

“Artículo 6. Justificación de diferencias de trato por motivos de edad.

1. No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán 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 si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

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;
- c) el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación”.

Referido a la totalidad de los motivos, incluido el de la edad, el artículo 7 relativo a “Acción positiva y medidas específicas” dispone:

“Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.”

Con referencia a este marco comunitario, el Decreto-Ley matiza en su preámbulo 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. 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 (...). Las razones que avalan esta medida de discriminación positiva son, esencialmente, la edad y el valor añadido de*

su experiencia profesional, criterios ambos considerados por la anteriormente citada Directiva europea como suficientes para establecer unas condiciones mínimas, generadoras de diferencia de trato en el acceso al empleo y en las condiciones del mismo.”

En la Unión Europea, la reconfiguración del principio antidiscriminatorio en torno a las distintas causas de discriminación prohibidas en los Tratados, la consolidada jurisprudencia del TJUE en torno al principio de no discriminación por razón de género (desde la primera formulación en el art. 119 del primer Tratado de la Comunidad Europea) y el establecimiento de un amplio marco normativo comunitario antidiscriminatorio (Directiva 2000/43, antidiscriminatoria por razón de etnia; Directiva 2000/78, antidiscriminatoria por razón de religión, convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y Directiva 2006/54, antidiscriminatoria por razón de sexo) evidencian la importancia que este principio adquiere en este ámbito, constituyendo una auténtica fuente del derecho comunitario, que se completa con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Las tres Directivas establecen la posibilidad de que el desarrollo de las mismas se produzca directamente por parte de los Estados miembros o por medio de los interlocutores sociales.

El punto de partida lo encontramos en el art. 19.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que establece lo siguiente: *Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo (...) podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*, precepto aún careciendo tanto de contenido esencial como de eficacia directa, atribuye una competencia comunitaria con un amplio margen de libertad para su desarrollo por parte de las instituciones comunitarias, cuya normación encontramos en las directivas antes citadas y en concreto, en lo referente a la discriminaciones por razón de edad, en la Directiva 2000/78/CE, del Consejo Europeo.

En relación con la edad del trabajador o empleado público, las posibilidades de trato diferenciado lícito conforme a la Directiva 2000/78, toman una doble dirección: de un lado, declarando la validez de las medidas de acción afirmativa entendidas como aquellas que mantengan o adopten *medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos expresados en la directiva*. Asimismo, con carácter específico para las diferencias por edad, el art. 6 establece que 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 si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios*.

El art. 6.1 de la Directiva 2000/78 contempla inicialmente una sola justificación de la desigualdad: la que se encuentre justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima, siempre que los medios sean adecuados y necesarios (art. 6.1. primer párrafo), debiendo concurrir un elemento finalista (fin legítimo, desde una perspectiva objetiva y razonable) y un elemento instrumental (medios adecuados y necesarios). Resulta evidente que se trata de elementos valorativos de notable imprecisión, que serían susceptibles de variadas interpretaciones. No obstante, la Directiva 2000/78 aborda en su regulación la manera en que dichos factores deben ser tomados en consideración.

De esta forma la situación prevista en el art. 6.1.a) de la Directiva 2000/78 es de especial interés no solo por la particular heterogeneidad del colectivo incluido (jóvenes, trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo), sino también porque establece una posibilidad de diferencias de trato caracterizada por el beneficio que percibirán los sujetos en cuestión. Frente a la generalidad de los beneficios que refieren los apartados b) y c), el objetivo perseguido por las diferencias de trato del subapartado a) se refiere y persigue la inserción profesional del sujeto o colectivo a garantizar su protección.

En cuanto al otro parámetro traído a colación por el preámbulo del Decreto-Ley como “valor añadido” al de la edad, es decir, “*la experiencia profesional*” que acredite el colectivo prioritario a que se refiere el mismo, hay que decir que esta exigencia no se incorpora al articulado de la norma (artículo único), aunque sin duda juega como criterio de ordenación del colectivo (tal y como se expresa en los encabezamientos de los listados del personal cesado como consecuencia de las resoluciones del concurso de méritos de marzo de 2013 a que nos referíamos en los Antecedentes), sin perjuicio de que este aspecto no resulta extraño en el ámbito de la función pública.

Así en lo que se refiere a la función pública docente andaluza, el Decreto 302/2010, de 1 de junio, por el que se ordena dicha función pública (modificado por Decreto 311/2012, de 26 de junio), en desarrollo de las previsiones legales establecidas en la Disposición adicional sexta.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y del propio EBEP –art. 3.2-), dispone en su art. 18.2 relativo a ordenación de las bolsas de trabajo docente, que las mismas “*estarán integradas por el personal funcionario interino con tiempo de servicio (...), así como por el personal aspirante a un puesto de trabajo en régimen de interinidad*”, con prioridad en la provisión de puestos en interinidad a favor de los interinos, por orden de tiempo de servicios, sobre los aspirantes (resultantes de los procesos selectivos ordinarios), por el orden resultante de las actas derivadas de los procesos de selección.

El propio preámbulo trae la experiencia profesional como justificación añadida al señalar que este colectivo “*ha 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, algunas de ellas contempladas en el Acuerdo de 24 de julio de 2012, por el que se aprueba un conjunto de medidas relacionadas con el cumplimiento del Plan*

Económico-Financiero de reequilibrio de la Junta de Andalucía 2012-2014". En suma, la elevada edad (laboral) unida a la dilatada experiencia profesional en sectores prioritarios de la acción pública (las relacionadas con la gestión administrativa afecta al reequilibrio económico-financiero) se esgrimen como justificadoras del trato diferenciado y exceptuado del principio antidiscriminatorio a que nos referimos.

Ciertamente, esta discriminación positiva de los integrantes del primer bloque (edad y experiencia profesional) frente a los del segundo del Decreto-Ley 5/2013 cabe considerarla objetiva y legítimamente justificadas, como adecuado y necesario el instrumento utilizado, encontrando igualmente amparo en el preámbulo de la norma en las Directrices para el Empleo del Consejo de Europeo de Helsinki (1999) y en la Directiva europea 2000/78/CE del Consejo (27 de noviembre de 2000), así como en el compromiso programático denominado "Acuerdo por Andalucía" firmado el 18 de abril de 2012 entre las formaciones políticas PSOE-Andalucía e IULV-CA, como se afirma en el preámbulo del mismo.

D) La doctrina del Tribunal de Justicia Europeo en relación a la Directiva 2000/78/CE

La jurisprudencia de la Unión Europea se ha referido en diversas ocasiones al tema del trato peyorativo de condiciones en atención a la edad como medida para la generación o mantenimiento del empleo. La primera fue la que dio lugar a la STJCE de 22 de Noviembre de 2005 (Asunto *Mangold*, C-144/04), en la que el Tribunal consideraba que la configuración de un contrato temporal específico para mayores de 52 años (u otra edad laboral avanzada que se considere), con notables restricciones en el ámbito de la estabilidad en el empleo, implicaba una discriminación por razón de la edad desproporcionada en relación al objetivo de empleo que pretendía alcanzar.

La normativa alemana al caso (Ley de fomento del empleo de 1985 modificada por otras de 1996 y 2000) establecía dos límites a las relaciones laborales de duración determinada: admitiendo contratos de trabajo de carácter temporal sólo si existía una razón objetiva o, alternativamente, restringiendo las posibilidades de renovación (tres como máximo) y la duración total (dos años como máximo), no resultando aplicables dichos límites a las relaciones laborales con personas de edad laboral avanzada. En suma el contrato de duración determinada solo es admisible cuando existe una razón objetiva, en ausencia de razón objetiva juegan los citados límites, y no es necesaria una razón objetiva para celebrar un contrato de duración determinada cuando al comienzo de la relación laboral el trabajador ha cumplido una determinada edad avanzada, planteándose los términos del litigio en si la celebración de un contrato laboral de duración determinada con trabajadores de edad avanzada conforma razón objetiva, habida cuenta de las dificultades de dichos trabajadores para encontrar trabajo ante las características del actual mercado de trabajo.

La perspectiva de la Directiva que aquí interesa es la que establece una acción positiva respecto al colectivo priorizado respecto del cual establece que *“no debe obstar el mantenimiento o la adopción de medidas concebidas para prevenir o compensar las desventajas sufridas por un grupo de personas (...) con una edad (...) determinada”* (art. 7). La Directiva admite, pues, que pueda exigirse una edad determinada para desempeñar algún tipo de trabajo o para beneficiarse de determinadas medidas de tutela o promoción, como son la exigencia de edad y experiencia del Decreto-Ley andaluz. Lo relevante para la Directiva son los motivos que justifican esa medida, las cuales han de ser suficientes y esenciales, objetivos y legítimos, y las medidas proporcionadas a dichos objetivos.

Pues bien, el Tribunal Europeo realiza varias reflexiones que abundan en la justificación del Decreto-ley andaluz que tratamos. Considera el Tribunal que la finalidad de la normativa alemana es facilitar la inserción de estos trabajadores de edad avanzada, lo cual en principio justificaría la diferencia de trato por razón de edad. No obstante, considera la necesidad de comprobar que los medios utilizados para lograr este legítimo objetivo son adecuados y necesarios, y en este aspecto la sentencia es muy crítica con las medidas adoptadas por el legislador alemán, toda vez que al quedar vinculada exclusivamente a la edad, sin conexión alguna con otra circunstancia (por ejemplo una situación de desempleo más o menos continuado, etc.), puede provocar que los beneficiarios que únicamente reúnan el requisito de edad se vean abocados a la precariedad (temporalidad) laboral hasta cumplir la edad de jubilación, en sentido contrario a lo pretendido por la citada Directiva, y todo ello sin que se demuestre que la fijación de una determinada edad como único criterio de aplicación de la medida (en el caso para la celebración de un contrato de trabajo de duración determinada), sea objetivamente necesario para la consecución del objetivo de inserción de trabajadores desempleados de edad avanzada. Por ello, el Tribunal concluye que la normativa alemana es contraria al Derecho comunitario en general, al atentar contra el derecho a la igualdad previsto en el art. 6.1 de la Directiva 2000/78.

Pues bien, el Decreto-ley 5/2013, como hemos visto, se muestra en esencia respetuoso con este criterio jurisprudencial, pues al introducir un trato diferenciado en razón de una determinada *“edad”* (45 años cumplidos al 31.12.2013), no lo hace exclusivamente referido a este límite, el cual conlleva las consabidas dificultades de inserción en el mundo laboral, hecho que ya de por sí justifica dicha diferenciación, sino que este requisito lo vincula adicionalmente a una determinada antigüedad en el desempeño, al vincularlo a que este desempeño provenga de un nombramiento anterior al 1.1.2005, o lo que es lo mismo, a la posesión de una determinada *“experiencia profesional”* implícita al desempeño que se acredite desde un nombramiento anterior a dicha fecha hasta el cese en la interinidad -como consecuencia de la provisión reglamentaria del puesto por vía de selección o provisión- a partir de la entrada en vigor del citado Decreto-Ley, como requiere la doctrina europea comentada y que acertadamente explicita el párrafo séptimo del preámbulo al señalar que *“las razones que avalan esta medida de discriminación positiva son, esencialmente, la edad y el valor añadido de su experiencia profesional, criterios ambos considerados por la anteriormente citada*

Directiva Europea como suficientes para establecer unas condiciones mínimas, generadoras de diferencia de trato en el acceso al empleo y en las condiciones del mismo”.

IV. CONCLUSIONES.

Por todo cuanto antecede y fundamenta, la conclusión que podemos extraer desde la perspectiva analítica que nos ofrece la jurisprudencia constitucional y europea a la que hemos hecho referencia, el Decreto-Ley estudiado presenta razonables caracteres de adecuación al marco constitucional, tanto en lo referente al aspecto formal de la acreditación de la concurrencia de “extraordinaria y urgente necesidad” (art 86.1 CE y art. 110 del Estatuto de Autonomía de Andalucía), así como al aspecto material de no vulneración del principio de igualdad y no discriminación (art. 14 y 23.2 CE). Así,

a) En relación a los fundamentos dados para la “extraordinaria y urgente necesidad”.

Primero.- A la vista de lo expuesto, entendemos que el preámbulo del Decreto-ley, en su pretensión de explicitar los motivos en que pretende ampararse la urgencia esgrimida; razona y acredita suficientemente la urgencia de la medida como también que esta no puede atenderse a través del procedimiento legislativo de urgencia.

Segundo.- En cuanto al juicio de adecuación entre la concreta medida legislativa adoptada y la explicitación de motivos en que pretendidamente se ampara, este se compadece razonablemente con los motivos en que se fundamenta, apreciando un alto grado de conexión causal que aseguran suficientemente su finalidad en relación al colectivo concreto a que se refiere.

b) En relación a la vulneración del principio de igualdad y no discriminación.

La consideración de “colectivo prioritario” con los efectos de prelación en las bolsas de interinidades de la Administración General de la Junta de Andalucía no implica la vulneración del principio de igualdad y no discriminación respecto al colectivo de aspirantes integrado en las mismas conforme a lo dispuesto en el Decreto 2/2002.

Sevilla, 15 de Mayo de 2013