

# EAPC - Comentaris d'actualitat en matèria de personal al servei de les administracions públiques catalanes i el seu sector públic



El Tribunal Suprem avala la desocupació com a requisit d'accés a places laborals de curta durada

14-12-2023

En aquest apunt es comenten dues sentències recents del Tribunal Suprem (TS) que obren una escletxa en els principis constitucionals i legals d'accés a l'ocupació pública. La primera sentència, del maig del 2023, no em va merèixer més reflexió que la d'una valoració discutible del TS, però uns mesos després, amb la segona sentència, del juliol del 2023, la situació em va merèixer una atenció especial per la "flexibilitat" de l'alt tribunal en la seva interpretació particular dels principis d'igualtat, mèrit i capacitat en l'accés a l'ocupació pública.

Les dues sentències que es comenten són, d'una banda, la Sentència de 23 de maig de 2023 (recurs de cassació núm. 2996/2022), que avala la legalitat i la constitucionalitat d'un curiós criteri de desempat entre candidatures per accedir a llocs de treball de personal laboral temporal, consistent en la prioritat temporal en la presentació d'instàncies, i, de l'altra, la Sentència de 12 de juliol de 2023 (recurs de cassació 7815/2020), que beneeix la inscripció durant un trimestre com a demandant d'ocupació com a requisit d'accés a l'ocupació pública laboral de caràcter temporal. Cal fer dues reflexions abans d'entrar a analitzar la fonamentació jurídica d'aquestes sentències.

D'una banda, sabem que si bé l'accés a l'ocupació pública laboral no està emparada pels principis constitucionals de l'article 23.2 de la CE (STC 132/2005, de 23 de maig), el cert és que cal aplicar els principis d'igualtat, mèrit i capacitat, d'acord amb els articles 55 i 11.3 del text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (TREBEP) i la seva disposició addicional primera. S'ha d'indicar igualment que els principis de mèrit i capacitat en l'accés a l'ocupació pública (art. 103.3 de la CE) formen part del contingut principal del dret fonamental recollit a l'article 23.2 de la CE, de tal manera que s'imposa la necessitat que l'accés a l'ocupació pública es faci d'acord amb els principis de mèrit i capacitat (STC 235/2000) i comporta l'obligació de no exigir per accedir a l'ocupació pública cap requisit o condició que no es pugui referir als principis de mèrit i capacitat (STC 138/2000).

De l'altra, els requisits d'accés a l'ocupació pública, que són condicions per participar i ser admès als processos selectius, s'estableixen a l'article 56 del TREBEP, l'apartat 3 del qual disposa que "Es pot exigir el compliment d'altres requisits específics que tinguin relació objectiva i proporcionada amb les funcions assumides i les tasques que s'han d'exercir. En tot cas, s'han d'establir de manera abstracta i general". En aquest sentit, d'acord amb l'article 23.2 de la CE, ha de ser la llei, juntament amb el reglament, la que determini els requisits d'accés a l'ocupació pública, sense que mitjançant actes d'aplicació de la llei s'hi puguin incorporar nous requisits sense cobertura legal. A més, tal com s'ha comentat, els requisits d'accés que estableixi la llei, juntament amb el reglament, han d'estar referits necessàriament als principis de mèrit i capacitat, i per aquest motiu el TREBEP exigeix que aquests requisits tinguin relació objectiva i proporcionada amb les funcions i les tasques que s'han de desenvolupar.

Un cop establert el marc constitucional i legal aplicable, comentem les sentències del TS referides a l'encapçalament d'aquest apunt.

### **La STS de 23 de maig de 2023 (recurs de cassació 2996/2022): qui no corre, vola**

Aquesta STS, com ja s'ha dit, avala la compatibilitat amb els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat del criteri de desempat entre candidatures per accedir a llocs de treball de personal laboral temporal, consistent en la prioritat de la inscripció en l'oferta d'ocupació pública. El sistema de selecció de candidatures de la Instrucció del servei andalús d'ocupació que s'impugnava, establia l'avaluació de candidatures d'acord amb uns determinats criteris valorables (titulació, formació i experiència), seguidament s'ordenaven els aspirants pel criteri de disponibilitat (és a dir, absència d'ofertes rebutjades prèviament) i, finalment (per discriminar entre milers de candidatures) s'establia el criteri qüestionat de desempat consistent en la data d'inscripció dels candidats a l'oferta.

La STSJ d'Andalusia de 16 de novembre de 2021 (apel·lació 1041/2021), recorreguda en cassació, té clar que ordenar les candidatures de la més antiga a la més recent és contrari als principis de mèrit i capacitat, atès que la data és determinant per a la prioritat, tot i que els criteris anteriors fossin adequats als principis de mèrit i capacitat. La Junta d'Andalusia planteja un recurs de cassació, que manifesta, en síntesi, que el desempat respon al criteri de proactivitat en la cerca d'ocupació (és a dir, valora qui cerca ocupació activament) i que el criteri no presenta diferències objectives des del punt de vista del mèrit i la capacitat sinó que respon a diferents criteris de política social en els programes d'inserció. El sindicat recurrent, per la seva banda, té clar que el criteri de la promptitud en la presentació d'instàncies, que és determinant per a la selecció del personal, no respon als principis de mèrit i capacitat i, en conseqüència, no s'ha d'estimar la cassació. El Ministeri Fiscal és més taxatiu i, d'una banda, sosté que el criteri suposa, d'una banda, una diferència de tracte entre qui va complir el termini de presentació d'instàncies i, de l'altra, manifesta que aquest criteri no està relacionat amb el mèrit i la capacitat. Conclou el ministeri públic molt encertadament que l'argument de la proactivitat en la cerca d'ocupació és una justificació sense contingut i que el criteri de promptitud en la presentació d'instàncies consisteix "en azuzar a los ciudadanos sin ton ni son".

Doncs bé, el TS, després de relacionar la normativa d'aplicació al cas controvertit (art. 14 i 23 de la CE i art.55 del TREBEP), manifesta que el dubte se suscita sobre la possibilitat d'afegir, un cop aplicats criteris objectius de valoració com la titulació, l'experiència, la formació i la

disponibilitat, un criteri de desempat entre candidatures consistent a atorgar preferència a qui primer va presentar la sol·licitud.

Considera l'alt tribunal que aquest criteri de desempat no és contrari als principis constitucionals d'accés a l'ocupació pública perquè aquest criteri només entra en joc una vegada aplicats els criteris de valoració objectius, és a dir, opera només entre candidatures que tenen una mateixa valoració objectiva. Diu el TS que no hi ha desigualtat perquè no es preveu l'exclusió de cap sol·licitud pel fet de presentar-se després que d'altres, i conclou crípticament que el desempat en virtut de la prioritat en la presentació de la sol·licitud no es tradueix en la preferència per qui no ha de tenir-la sinó "entre sol·licitudes" que han rebut la mateixa valoració.

Malgrat l'argument de l'esmentada STS, el cert és que el criteri diriment dels empats consistent en la prioritat en la presentació d'instàncies no respon als criteris de mèrit i capacitat, com tampoc respon a aquests principis el criteri del sorteig o el del famós algoritme vinculat als números de DNI aplicat també per la Junta d'Andalusia.

Malgrat que es tracti de la selecció de personal laboral temporal de curta durada, la selecció del qual ha de ser àgil però en el marc dels principis esmentats, no és de cap manera ni constitucional ni legal aplicar aquest criteri ni és de rebut abocar les persones interessades a una carrera d'obstacles per veure qui registra abans la seva instància.

### **La STS, de 12 de juliol de 2023 (recurs de cassació 7815/2020): la preferència de persones aturades**

La controvèrsia suscitada en aquesta Sentència gira al voltant de l'aplicació dels principis constitucionals d'accés a l'ocupació pública a la selecció del personal laboral temporal i, concretament, si el requisit d'estar en situació de desocupació com a mínim tres mesos abans de la sol·licitud de participació és conforme als esmentats principis constitucionals i a l'article 56.3 del TREBEP.

La Sentència 233/2020 del TSJ de Madrid, objecte del recurs, considerava inaplicables els articles 23.2 i 103.3 de la CE a la selecció del personal laboral temporal per a l'execució d'un projecte i, d'altra banda, entenia que el requisit de desocupació era conforme a dret perquè al seu parer semblava raonable fomentar l'accés a les places convocades a persones en situació de desocupació. La part recurrent considera, d'una banda, que el requisit de desocupació per accedir a la funció pública no està inclòs a l'article 56.1 del TREBEP i, de l'altra, que no és aplicable l'article 56.3 del TREBEP perquè aquest requisit no té relació amb les funcions que s'han d'assumir ni amb les tasques que s'han d'exercir. Finalment, s'al·lega que la inscripció al servei d'ocupació durant un mínim de tres mesos no implica especials dificultats d'inserció laboral per a aquestes persones i que, per tant, no està justificada una pretesa discriminació positiva d'aquest col·lectiu. L'Advocacia de l'Estat manifesta, en síntesi, que el requisit de desocupació encaixa en l'article 56.3 del TREBEP i que el caràcter temporal de les places ofertes justifica la finalitat legítima de fomentar l'ocupació de les persones desocupades.

El TS confirma, en primer lloc, l'aplicació dels principis d'accés a l'ocupació pública dels articles 14, 23.2 i 103.3 de la CE i els articles 11, 55 i 56.3 del TREBEP als processos selectius d'accés a la condició de personal laboral temporal.

Per validar el requisit controvertit, el TS interpreta de manera “flexible” l’article 56.3 del TREBEP i entén que l’exigència d’un determinat període de temps com a persona desocupada és vàlida si és congruent no ja amb el contingut funcional de l’activitat que s’ha de desenvolupar (com diu literalment el TREBEP) sinó amb la tipologia de relació de serveis de què es tracta (per tant, si és laboral temporal entén que el requisit és congruent). Valida el requisit pel fet que es tracta de contractacions laborals de durada breu i pel fet que es presumeix que les persones desocupades tenen més necessitat d’ocupació. Finalment, es justifica afirmant que el requisit no és del tot impeditiu perquè es pot repescar altres candidats si les persones aturades són insuficients per cobrir les places objecte de selecció.

Després d’aquesta “interpretació” que fa el TS de l’article 56.3 del TREBEP, obviant el tenor literal del precepte i la doctrina constitucional reiterada que confirma que, sense excepcions, l’accés a l’ocupació pública sempre ha de respectar els principis de mèrit i capacitat (STC 235/2000) i l’obligació de no exigir per accedir a l’ocupació pública cap requisit o condició que no sigui referible als principis esmentats, només ens queda reflexionar sobre la justificació d’aquesta discriminació positiva en l’accés a l’ocupació pública com a personal laboral de curta durada.

Podríem portar a col·lació altres articles constitucionals (art. 35.1 i 40.1 de la CE) per justificar la necessitat del repartiment de l’ocupació o la redistribució del treball però, sense cap previsió legal explícita a aquest respecte, no sembla que aquesta justificació sigui suficient perquè prevalgui sobre els principis que consagren els articles 23.2 i 103.3 de la CE de referència constant.

En cap cas es nega la necessitat d’especial protecció de col·lectius amb especials dificultats d’inserció laboral, però entenc que aquest no és el debat. Prendre en consideració la situació de desocupació (que, en principi, hauria de ser de llarga durada i no pas trimestral) com a requisit exclouent per accedir a l’ocupació pública, obre el debat sobre l’especial protecció d’altres col·lectius com els joves o, fins i tot, de les persones empadronades en un determinat municipi i d’altres criteris personals i socials que no responen al mèrit i la capacitat (STC 148/1986).

S’ha de recordar que el cas plantejat en la STS no se situava en el marc de les polítiques actives d’ocupació que permeten a les administracions públiques la formalització de contractes laborals temporals sota la cobertura d’un determinat pla o programa per a la millora de la inserció i l’ocupabilitat de col·lectius d’atenció prioritària. En aquest sentit, és oportú esmentar la disposició addicional novena de la Llei 3/2023, de 28 de febrer, d’ocupació, que habilita les administracions públiques per fer contractes de durada màxima de 12 mesos vinculats a programes de polítiques actives d’ocupació amb els participants en aquests programes, i subratlla especialment que els processos de selecció han d’observar els principis d’igualtat, mèrit i capacitat.

En definitiva, no hi ha al meu entendre cap justificació per desplaçar l’aplicabilitat dels principis d’igualtat, mèrit i capacitat en les contractacions laborals de curta durada i atorgar preferència absoluta a les persones que acreditin la seva condició de desocupades en l’accés a l’ocupació pública. L’agilitat en la gestió d’aquests processos selectius no és incompatible amb la necessitat de respectar els principis constitucionals d’igualtat, mèrit i capacitat, ni s’hi oposa. Les administracions públiques han de disposar, sens dubte, de polítiques actives d’ocupació dels col·lectius especialment vulnerables, però no haurien d’emprar les organitzacions pròpies amb aquesta finalitat.



## **Isidre Estivill i Galdón**

Subdirector general d'Ordenació Jurídica i d'Inspecció General de Serveis de Personal de la  
Direcció General de Funció Pública