

Prioridad temporal en la presentación de candidaturas ante el Servicio Público de Empleo como criterio de desempate entre los aspirantes más meritorios a plazas de personal laboral a término en el sector público.

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

Resumen: *Pese a la admisión de la colaboración de la iniciativa privada en la prestación del servicio público de colocación, es necesario que las Administraciones se dirijan a las oficinas públicas de empleo para la selección de personal con carácter temporal. Dichas oficinas deben respetar los principios igualdad, mérito y capacidad a la hora de valorar los expedientes de los interesados, considerándose adecuado el establecimiento a posteriori de un criterio de desempate entre los candidatos más meritorios consistente en la prioridad temporal en la presentación de las instancias.*

Palabras clave: *Colocación. Empleo público temporal. Intermediación. Selección. Servicio autonómico de empleo.*

Abstract: *Although the private sector is allowed to collaborate in the provision of the public employment service, it is necessary for the administrations to use the public employment offices for the selection of personnel on a temporary recruitment. These offices must observe the principles of equality, merit and ability when considering the dossiers of interested persons, and it is considered appropriate to establish a tie-breaking criteria between the most highly meritorious candidates, based on priority in terms of time in the submission of applications.*

Keywords: *Placement. Temporary public employment. Intermediation. Selection. Regional employment service.*

I. Introducción

La intermediación en la colocación, concebida como el cúmulo de acciones que tienen por objeto poner en contacto las propuestas de trabajo con las solicitudes de empleo, proporcionando a las personas trabajadoras una tarea adecuada a sus características y facilitando a los empleadores los efectivos más apropiados a sus requerimientos, adquiere la condición de servicio de interés general de necesario ofrecimiento al conjunto de la población. De conformidad con lo previsto en el art. 40 CE, que emplaza a los poderes públicos a realizar una política orientada al pleno empleo, la LE diseña un soporte público básico: el Sistema Nacional de Empleo, integrado por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), y también, en virtud de la descentralización territorial llevada a efecto desde hace décadas, por los Servicios de Empleo Autonómicos.

Precisamente son estos últimos los receptores de las competencias traspasadas en materia de intermediación entre ofertas y demandas de ocupación. Es más, la

asunción estatutaria de las prerrogativas relativas a la ejecución de la legislación laboral del Estado comprende la propia autonómica sobre la regulación del servicio público de empleo en su extensión geográfica y, de su mano, la dirección y organización, en este ámbito territorial, de las funciones en materia de colocación (prospección y captación de ofertas de trabajo puesta en contacto y colocación, recolocación, selección y formación).

Ahora bien, la escasa tasa de éxito en la colocación laboral gestionada por los servicios públicos autonómicos ha sido el principal escollo de la política de intermediación, razón por la cual, a través de sucesivas reformas, se ha apostado por la posible participación de otros agentes. La complejidad del mercado y sus debilidades han obligado a superar la visión eminentemente pública tradicional para la gestión del servicio de colocación, permitiendo la intervención de la iniciativa particular. Así, junto al parámetro “descentralización” territorial anteriormente mencionada, impera también el de “privatización”, de manera que el ajuste entre oferta y demanda se concreta mediante una multiplicidad de sujetos intervinientes, públicos y también privados, que colaboran con los servicios públicos de empleo, tales como “entidades locales, interlocutores sociales, organizaciones sin ánimo de lucro, agencias de colocación, centros y entidades de formación y demás organizaciones que asuman este papel” [art. 3 i) Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (LE)]. Muy significativo es, a la postre, que el art. 26 LE señale que “todas las entidades privadas que intervengan en el campo de las políticas activas de empleo” deberán colaborar y coordinarse con los organismos públicos en los niveles territoriales y competenciales que sean pertinentes”.

Ahora bien, en la actualidad, como excepción, solo cabe mencionar dos supuestos en los que es obligatorio recurrir a las oficinas públicas: de un lado, la contratación de personas con discapacidad por los centros especiales de empleo debe reconducirse a través de las oficinas de empleo, siendo estas últimas quienes seleccionan a los trabajadores a contratar conforme al previo perfil profesional indicado por la empresa; de otro —y por lo que aquí interesa— las Administraciones Públicas, si acuden a los servicios de intermediación, lo deben hacer necesariamente dirigiéndose a los servicios públicos de empleo y, por tanto, no pueden acudir a las agencias privadas de colocación o a otro tipo de entidades intermediadoras.

Así lo prevé de forma expresa la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, en virtud del cual *“en los supuestos en los que las normas que regulen los procedimientos para la selección de personal de carácter temporal al servicio de las administraciones públicas permitan acudir a los servicios públicos de empleo, éstas utilizarán exclusivamente los servicios de los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas o, en su caso, del Servicio Público de Empleo Estatal”*.

Al tiempo, una de las preocupaciones constitucionales en materia de empleo público viene referida a la objetividad en el ingreso. En este sentido, con base en el art. 14 CE, rige en nuestro país el “principio de igualdad en el acceso al empleo público” y más específicamente en los arts. 23.2 (“Asimismo (los ciudadanos) tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”) y 103.3 de la CE (“La ley regulará ... el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”). Estos parámetros han sido desarrollados en los arts. 55 y siguientes del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), tratándose de normas de derecho público aplicables tanto a los funcionarios como al personal laboral, sea indefinido, sea temporal. Por tanto, las Administraciones Públicas seleccionarán a sus trabajadores por cuenta ajena, mediante procedimientos en los que se garanticen los principios de igualdad, capacidad y mérito, solicitando los posibles candidatos a las oficinas públicas autonómicas, que también deben respetar esos parámetros.

Desde tales perspectivas, en el supuesto enjuiciado en la Sentencia objeto de comentario se dilucida la posible conculcación de los principios de igualdad, mérito y

capacidad en el acceso al empleo público por parte de una Instrucción del Servicio Público de Empleo de la Junta de Andalucía que establece, como criterio de desempate entre los posibles interesados previamente considerados como más meritorios, el relativo a la prioridad de la inscripción en la oferta de empleo público.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 661/2023, de 23 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 2996/2022.

ECLI:ES:TS:2023:2176

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Se trata de un recurso de casación planteado por la Junta de Andalucía contra la Sentencia de 16 de noviembre de 2021 dictada por la Sala de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que desestima el recurso de apelación nº 1041/2021, interpuesto por la Junta de Andalucía, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Sevilla de 1 de septiembre de 2021 (recurso nº 201/21), seguido por el trámite del procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, que, a su vez, estimaba el recurso contencioso-administrativo formulado por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) frente a la Instrucción 1/2021 de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo por la que se establecen los criterios de ordenación general para la gestión de candidaturas en ofertas registradas en el sistema de intermediación laboral del Servicio Andaluz de empleo. Esta Instrucción 1/2021, que modifica una anterior, fue declarada nula en Sentencias precedentes.

El Tribunal Supremo entiende que el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, radica en determinar si, en la selección de los empleados públicos temporales tramitadas a través de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, basta con el cumplimiento de los requisitos fijados por el órgano convocante de la oferta o se deben cumplir algunos requisitos adicionales. En concreto, se trata de valorar si resulta compatible con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, establecer, como criterio de desempate entre los posibles candidatos más meritorios, el relativo a la prioridad de la inscripción en la oferta de empleo público.

IV. Posición de las partes

Por un lado, la Junta de Andalucía considera que el criterio de desempate establecido en la Instrucción 1/2021 de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, relativo a la prioridad de la inscripción de los candidatos en la oferta de empleo público, respeta los principios de mérito y capacidad. Entiende que la Instrucción 1/2021 es una resolución dictada en el ámbito de la organización administrativa que no trasciende a los ciudadanos pues se aplica únicamente en el seno del Servicio Andaluz de Empleo. Argumenta además la falta de legitimación de CSIF habida cuenta que sus estatutos contemplan entre sus fines el de defender y fomentar los intereses profesionales de los funcionarios y los supuestos de intermediación de que trata la Instrucción 1/2021 no afectan a funcionarios sino a personal laboral.

Recuerda, además, que, conforme al artículo 28.3 del 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, "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. Los candidatos serán seleccionados de acuerdo con los criterios objetivos negociados en la mesa sectorial de negociación correspondiente. En dichos criterios habrá de tenerse en cuenta el principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres".

Aclara también que el Servicio Andaluz de Empleo forma parte del Sistema Nacional de Empleo. Entre sus funciones está prestar el servicio de colocación y de asesoramiento a empresas, que comprende gestionar las ofertas de empleo vinculándolas a los usuarios que mejor se ajusten a ellas en función de su perfil y competencias. La oferta no es un acto suyo sino del órgano convocante del puesto --la Administración autonómica, una distinta, o entidades privadas--, de manera que el Servicio Andaluz de Empleo se limita a difundir las vacantes y a recibir candidaturas, pero nunca culmina el proceso selectivo. En concreto, en el desarrollo de su labor de intermediación, este organismo realiza las siguientes actividades: (i) difunde, previamente a su publicación la autorización de las ofertas de empleo públicas; (ii) difunde la oferta por internet; (iii) recibe la inscripción de los interesados en el puesto que cumplan los requisitos en el plazo de cinco días siempre que estén inscritos en los servicios públicos de empleo con demanda en alta o suspensión con intermediación o de dos días; (iv) finalizado el plazo de difusión y solicitud, comprueba si cada solicitud se ajusta a los requisitos exigidos y ordena las candidaturas automáticamente conforme a los criterios generales y con comprobación de la idoneidad y disponibilidad del solicitante; (v) efectuada la ordenación, envía cartas de presentación a los candidatos y, simultáneamente, remite a la entidad oferente el documento de solicitud de resultados con una relación de todas las candidaturas a fin de que lo devuelva con el resultado del proceso de selección; (vi) la entidad oferente convoca a los candidatos y, con intervención sindical, realiza las pruebas pertinentes para seleccionar a la persona a contratar. En este marco, el criterio de desempate se aplica para remitir a la entidad oferente, no miles de candidaturas, sino el número de ellas que hubiere solicitado.

Considera, asimismo, que los principios declarados de mérito y capacidad recogidos en el texto constitucional no prohíben la utilización del dato de la fecha de solicitud por el Servicio Andaluz de Empleo para el desempate en la priorización de las miles de solicitudes recibidas para las concretas ofertas de empleo, pues no se trata de un procedimiento de selección de personal funcionario ni interino sino "un mero procedimiento residual de selección por el Servicio de Intermediación de Empleo en la Comunidad Autónoma de Andalucía". La compatibilidad con los principios aludidos puede comprobarse fácilmente a la luz de los siguientes extremos: (i) el desempate previsto responde al principio de proactividad en la búsqueda de empleo; (ii) todos los aspirantes conocen o pueden conocer el anuncio de la inminente publicación de ofertas de empleo público; (iii) el criterio de desempate solamente juega una vez aplicados los otros dos: el de titulación, formación y experiencia y el de la disponibilidad; (iv) la anterior Instrucción 3/2020 ya preveía la misma solución para el desempate y la vigente hoy, la 2/2021, que sustituyó a la recurrida para ofrecer mayor seguridad jurídica en la función intermediadora, prevé que se haga mediante dos valores aleatorios generados de forma automática para cada oferta, dados a conocer con su publicación. Así, a igualdad de requisitos, criterios valorables y disponibilidad, antes se elegían las candidaturas de quienes más tiempo llevaban solicitando empleo, mientras con la Instrucción 1/2021 aquí controvertida prevalecen las candidaturas de quienes se hayan mostrado más proactivos respecto de la oferta concreta. El desempate por antigüedad penalizaba a quienes hubieran estado ocupados por breves períodos de tiempo frente a quienes no hubieran tenido ocupación y desincentivaba la aceptación de ofertas de empleo. En cambio la proactividad por la que se opta en la Instrucción 1/2021 valora a quien busca activamente empleo y

demuestra interés en el servicio público. Los criterios de desempate aplicados -- antigüedad en el desempleo (antes) y proactividad o aplicación de factores aleatorios (ahora)-- no presentan diferencias objetivas desde el punto de vista del mérito y la capacidad sino que responden a distintos criterios de política social en los programas de inserción.

Por otro lado, la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), argumenta que dicho criterio de desempate basado en la prontitud de las solicitudes vulnera los principios de mérito y capacidad pidiendo a la Sala que "se dicte sentencia en la que declarando no haber lugar al recurso de casación confirme la sentencia impugnada en todos sus términos, con expresa condena en costas a la apelante". Señala que el Servicio Andaluz de Empleo lleva a cabo un verdadero proceso selectivo, pues es el que publica la oferta de empleo y selecciona a los precandidatos que posteriormente envía a la Consejería o Delegación Territorial para la selección definitiva. De ahí que no se pueda decir, como hace el escrito de interposición, que el Servicio Andaluz de empleo no efectúa ninguna selección. Ilustra su argumentación con un ejemplo clarificador: para cubrir un puesto se presentan cinco mil solicitudes y, tras la preselección, se remiten al órgano oferente solamente cinco o seis.

En fin, el Fiscal, evacuando el traslado conferido por diligencia de ordenación de 17 de enero de 2023, manifestó, igualmente, que el aludido criterio de desempate no respeta los principios de mérito y capacidad. Entiende que el Servicio Andaluz de Empleo no remite al oferente todas las solicitudes recibidas sino el número de las pedidas por dicho oferente de puestos de trabajo, bien inicialmente, bien a resultas de una nueva petición de éste. Añade que la Administración no puede hacer público un plazo para el desarrollo de una actividad por parte del administrado y luego aparejar consecuencias tan radicales y decisivas como las presentes según que la actuación del administrado se desarrolle en un lapso u otro de tiempo. Concluye que la cláusula de desempate supone una diferencia de trato entre quienes cumplieron con el plazo de presentación de solicitudes que no está relacionada ni con el mérito ni con la capacidad. La alegada proactividad es una justificación sin contenido pues solamente consiste en "azucar a los ciudadanos sin ton ni son".

V. Normativa aplicable al caso

La normativa aplicable al caso deriva de los siguientes preceptos:

--El art. 14 CE, en virtud del cual "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

--El art. 23 CE, conforme al cual "...(los ciudadanos) tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes".

--El art. 55 EBEP, que establece: "1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico. 2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación: a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases. b) Transparencia. c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección. e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar. f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección".

VI. Doctrina básica

La cuestión litigiosa se circunscribe a si el criterio de desempate previsto en la Instrucción 1/2021 entraña o no la vulneración de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que han de observarse en el acceso al empleo público.

Teniendo en cuenta las competencias del Servicio Andaluz de Empleo consistentes en la puesta en contacto de ofertas y demandas de ocupación, lo cierto es que a este organismo no le corresponde seleccionar a quienes deban acceder al empleo público, razón por la cual, en principio, no está sujeto a los principios constitucionales y legales que han de presidir la selección de los empleados públicos. Ahora bien, esto no significa, sin embargo, que en su tarea de intermediación pueda actuar de forma que condicione o impida el juego de dichos principios.

Entiende el Tribunal Supremo que esta última variable no concurre, pues, según la Instrucción 1/2021, antes de acudir al polémico desempate, las solicitudes de empleo se ordenan por los criterios registrados como valorables (titulación, formación y experiencia) y por la evaluación de disponibilidad. Unos y otra son coherentes con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En consecuencia, se estima el recurso de la Junta de Andalucía, entendiendo legítimo el criterio de desempate y quedando anulada la sentencia dictada en apelación y la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

VII. Parte dispositiva

El servicio público de empleo en su labor de intermediación puede servirse como criterio de desempate de la prioridad en la presentación de solicitudes para una determinada oferta procedente de las Administraciones Públicas siempre que a la igualdad que lo hace necesario se haya llegado mediante la aplicación de criterios coherentes con los principios de igualdad, mérito y capacidad, tal y como acaece en este caso donde la valoración de las solicitudes atiende a la titulación, formación, experiencia y disponibilidad.

Bajo tal argumentación, la Sentencia objeto de comentario ha resuelto: 1.º.- Dar lugar al recurso de casación n.º 2996/2022 interpuesto por la Junta de Andalucía contra la sentencia dictada el 16 de noviembre de 2021 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Sevilla y anularla. 2.º.- Estimar el recurso de apelación n.º 1041/2021 interpuesto por la Junta de Andalucía contra la sentencia de 1 de septiembre de 2021 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de los de Sevilla y anularla. 3.º.- Desestimar el recurso n.º 201/2021 interpuesto por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) contra la Instrucción 1/2021 de la Dirección General del Servicio Andaluz de Empleo por la que se establecen los criterios de ordenación general para la gestión de candidaturas en ofertas registradas en el sistema de intermediación laboral del Servicio Andaluz de Empleo. 4.º.- Estar respecto de las costas a los términos de que cada parte correrá con las causadas a su instancia y con las comunes por mitad en el recurso de casación, sin hacer imposición de las de la apelación y la instancia por las dudas suscitadas por la cuestión controvertida.

VIII. Pasajes decisivos

La Sentencia comentada comparte la argumentación del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que rechaza que la Instrucción 1/2021 sea “una mera directiva interna sin transcendencia para los interesados”. Antes al contrario, considera que afecta “a todos aquellos ciudadanos que desearan presentar candidaturas en las ofertas gestionadas por el Servicio Andaluz de Empleo”.

Además, ratifica, al igual que entendió el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, la legitimación de CSIF a la vista de que esta organización sindical admite como afiliados a los empleados públicos (funcionarios y laborales), a los

trabajadores en activo de los diferentes sectores económicos, a los trabajadores autónomos que no tengan a otros a su servicio, a los trabajadores en régimen de cooperativa o autogestión y a los trabajadores en paro, entre otros. Sus afiliados, por tanto, no tienen por qué ser funcionarios.

Considera además que el criterio de desempate recogido en la Instrucción 1/2021—la prioridad en la solicitud del empleo ofertado—no es contrario a los principios de mérito y capacidad, pues consiste en ordenar las solicitudes desde la más antigua a la más reciente en razón de la fecha de inscripción de la persona candidata una vez valorados sus méritos conforme a los criterios objetivos de titulación, formación, experiencia y disponibilidad. El desempate, por tanto, solamente juega en supuestos en que la aplicación de los anteriores factores objetivos arroja el mismo resultado para una pluralidad de solicitantes de empleo. Esto es, el desempate ha de hacerse entre quienes por titulación, formación, experiencia y disponibilidad alcanzan una misma valoración y nada impide que tal coincidencia se produzca entre solicitudes presentadas en distintos momentos dentro del plazo establecido ni que sean las últimas las que la reflejen en lugar de las primeras.

En otras palabras, considera el Tribunal Supremo que la aplicación de los criterios objetivos de la Instrucción coherentes con los principios constitucionales de constante cita, conduce a que determinadas solicitudes, con independencia de cuándo se presentaran dentro del plazo previsto para ello, reciban una misma valoración. No concurre, pues, la desigualdad a la que se refiere el Ministerio Fiscal pues no se prevé la exclusión de ninguna solicitud por presentarse después que otras. Si todas las solicitudes de empleo recibidas en plazo son sometidas a los criterios valorables (titulación, formación y experiencia) y a la evaluación de disponibilidad, y como consecuencia de unos y otra, un determinado número de ellos obtiene la misma evaluación, no parece que acudir al momento de su presentación para escoger las que sumen el número total de las solicitadas por la oferente, bien inicialmente, bien en un momento posterior, merezca el reproche de ser contrario a los principios constitucionales.

Y no lo merece, a juicio del Tribunal Supremo, porque, precisamente, la igualdad que requiere el desempate se ha establecido mediante factores que no se discuten desde la perspectiva de la igualdad, el mérito y la capacidad. O sea, el desempate en virtud de la prioridad en la presentación de la solicitud no se traduce en preferencia para quien no deba tenerla, sino que opera entre solicitudes que, desde esos parámetros sustantivos, han recibido una misma valoración. Otra cosa sería que los factores que llevan al empate no respondieran a los principios constitucionales, pero no es esto lo que sucede en el supuesto aquí enjuiciado.

IX. Comentario

La gestión que realiza el Servicio Andaluz de Empleo, según explica la Instrucción 1/2021, consiste en intermediar entre las entidades públicas y privadas que formulan ofertas de empleo y las personas que presentan su candidatura a esas vacantes. En el desarrollo de esta actividad, no se puede olvidar que el número de quienes demandan empleo es, "por lo general, superior al número de candidaturas que las entidades solicitan". Por eso, "se hace necesario disponer de un sistema que ordene de forma automática las candidaturas para preseleccionar las que serán enviadas a la entidad ofertante".

La Instrucción controvertida introduce unos nuevos criterios de ordenación, incorporando una serie de extremos "que contribuyan a seleccionar las candidaturas más idóneas para el puesto ofertado y que valoren la proactividad de las personas demandantes de empleo". En concreto, establece dos sistemas principales para la gestión de las ofertas:

Por un lado, cuando se procede a la difusión de dichas ofertas, en cuyo caso se actúa en los tres niveles siguientes: "1º. Evaluación de criterios registrados como valorables. Si la oferta difundida tiene registrados requisitos valorables, se aplicará

como primer criterio de ordenación la puntuación adjudicada automáticamente a la candidatura, tras comparar la información registrada en su demanda en el momento de la inscripción en la oferta, con los requisitos registrados como valorables en la misma. 2º. Evaluación de disponibilidad. Las candidaturas se ordenarán atendido al mayor porcentaje de disponibilidad, en relación con la ausencia de rechazos a ofertas de empleo. 3º. Como criterio de desempate, una vez aplicados los dos anteriores, se utilizará la fecha de inscripción de la persona candidata en la oferta en difusión, ordenadas de la más antigua a la más reciente".

Por otro, cuando se adoptan mecanismos de búsqueda en la base de datos Hermes sin difusión, los criterios de ordenación automática que se aplican para la preselección de las candidaturas que cumplan los requisitos imprescindibles de la oferta son: "1. La evaluación de disponibilidad: las candidaturas se ordenarán atendiendo al mayor porcentaje de disponibilidad, en relación con la ausencia de rechazos a ofertas de empleo. 2. El criterio de desempate entre candidaturas que cumplan los requisitos imprescindibles de la oferta y tengan el mismo porcentaje de disponibilidad, será la fecha de solicitud de la ocupación requerida en la oferta; y si la oferta se gestiona sin ocupación, se atenderá a la fecha de inscripción de la demanda, anteponiéndose las fechas anteriores a las más recientes".

Por lo que afecta a la primera modalidad, la incorporación del referido criterio de desempate plantea dudas sobre su compatibilidad con los principios constitucionales de mérito y capacidad. Conviene recordar a este respecto que cuando una Administración requiera incorporar efectivos, los principios de mérito y capacidad se convierten en parámetros objetivos ineludibles (dado lo categórico de la formulación constitucional) para realizar el reclutamiento, previo diseño de unas reglas abstractas de procedimiento, carentes de referencias individuales y concretas. En la medida en que todos los ciudadanos son iguales ante la ley y en su aplicación, los poderes públicos no pueden expresar preferencias discriminatorias o fundadas en razones meramente subjetivas de unos sobre otros. La igualdad referida en el art. 23.2 CE otorga el derecho a participar, concediendo un derecho subjetivo de carácter fundamental y contenido específico, que debe ser traducido en la exigencia de unas condiciones objetivas iguales para que todos los ciudadanos puedan acceder a la condición de empleado público (funcionario o laboral), llevando a excluir o admitir determinadas exigencias a acreditar por los candidatos en virtud de su conexión con las tareas a realizar y remitiendo a la Ley su concreción que no puede amparar condicionantes subjetivos o desproporcionados con el fin último de garantizar que los elegidos sean los candidatos más capacitados y meritorios.

Estos principios se desarrollan en el art. 55.2 EBEP, en virtud del cual el reclutamiento de recursos humanos ha de realizarse con el debido respeto de los principios de mérito y capacidad, concretados en los de publicidad de las convocatorias y de sus bases; transparencia; imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de estos órganos; adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

Ciertamente, como señala el Tribunal Supremo, la aplicación de los criterios de valoración de las solicitudes aquí aplicados (titulación, formación, experiencia y disponibilidad) son criterios objetivos respetuosos con tales parámetros. Tampoco plantea problema alguno que dentro de su función de intermediación, el Servicio Público de Empleo de Andalucía se ocupe de buscar los perfiles que cumplan tales exigencias. Ahora bien, la duda surge respecto de si es posible añadir, en un momento ulterior, un criterio de desempate entre las distintas candidaturas seleccionadas, en virtud del cual a igualdad de méritos se otorgue preferencia a quien presentó primero la solicitud.

A este respecto, cabe señalar que la actuación llevada a cabo por el Servicio Público de Empleo de la Junta de Andalucía no se limita a una mera intermediación (puesta en contacto de ofertas de ocupación y demandantes que cumplan los

requisitos exigidos) sino que implica también una labor de selección, esto es, una proposición de un reducido número entre los más meritorios. Esta posibilidad es perfectamente admisible a la luz de la nueva LE, pues la selección se incluye dentro de los sucesivos ítems que integran la política de colocación a desarrollar por los servicios públicos de empleo. Otra cosa es que a la hora de realizar esta labor de selección, al tratarse de plazas ofertadas por una Administración Pública, el Servicio Autónomo de Empleo deba de observar los principios de mérito y capacidad que pautan todo tipo de reclutamiento, bien indefinido, bien temporal, en el sector público.

El Tribunal Supremo entiende que tales principios se observan a la hora de valorar las distintas candidaturas, de manera que la aplicación posterior, una vez seleccionados los candidatos idóneos, del criterio de desempate fundado en la prioridad temporal en la presentación de las candidaturas no cambia la conclusión anterior. Ahora bien, en la práctica, este último criterio puede perjudicar a determinados ciudadanos, pues no todos cuentan con los mismos recursos o posibilidad de acceso a las vías previstas para la presentación de las solicitudes, bien por la dificultad o imposibilidad de utilizar medios electrónicos o de desplazarse a los lugares en los que pudiera presentarse la solicitud de modo presencial. La forma en la que está redactada la Instrucción obliga a los posibles interesados a intentar, de forma desesperada, que su solicitud esté registrada lo antes posible, y por el medio que llegue lo antes posible al registro del Servicio Público de Empleo para su tramitación, para lo cual unos estarán en mejores condiciones en cuanto a recursos y tiempo para hacerlo que otros.

X. Apunte final

La selección de los empleados públicos ha de hacerse en virtud de criterios objetivos, pues todos los ciudadanos son iguales ante la ley y su aplicación, de manera que la Administración no puede expresar preferencias discriminatorias o fundadas en razones subjetivas de unos sobre otros. Dichos criterios objetivos deben basarse en el mérito y la capacidad, puesto que la Administración está obligada a gestionar los intereses públicos con eficacia. El fundamento constitucional de tales presupuestos, desarrollados en el art. 55.2 EBEP para funcionarios y laborales, se encuentra en dos preceptos clave: por una parte, el art. 23.2, que reconoce el derecho de los ciudadanos a “acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes” y, por otra, el art. 103.3, que se refiere a los criterios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública.

Aunque debe tratarse por razones obvias de *procedimientos especialmente ágiles*, la selección de personal laboral temporal deberá respetar también los “*principios rectores*” del art. 55 del EBEP, de manera que su reclutamiento sin procedimiento previo de selección, publicitado y transparente, y sin un órgano de selección adecuado, imparcial y profesional no será conforme a derecho.

Bajo tales certeras premisas, nada impide que el Servicio Autónomo de Empleo, dentro de sus competencias de colocación, pueda llevar a cabo no sólo tareas de intermediación (puesta en contacto de ofertas y demandas de ocupación), sino también de selección de posibles candidatos, debiendo permitir el cumplimiento de los principios de mérito y capacidad cuando se trate de cubrir vacantes en el sector público. En este marco, se ha admitido por el Tribunal Supremo la legitimidad de un criterio de desempate entre los candidatos más meritorios que atienda a la prioridad temporal en la presentación de las candidaturas en el Servicio Público de Empleo, dado que la valoración primigenia de las solicitudes se ha realizado conforme a criterios objetivos. Otra cosa es que en la práctica el aludido criterio de desempate pueda perjudicar a determinados ciudadanos que carezcan de medios, de recursos o sencillamente de tiempo para actuar con celeridad dentro de un plazo amplio de solicitud.