

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

"Acceso al empleo público e intermediación laboral. Análisis jurisprudencial de la Instrucción 1/2021, de la Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo."

Rosa Reyes Martínez

Letrada de la Junta de Andalucía.

SUMARIO: I. EL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO (SAE) COMO SERVICIO PÚBLICO DE INTERMEDIACIÓN EN EL EMPLEO. II. PRESUPUESTOS PARA GENERAR OFERTAS PÚBLICAS DE EMPLEO. III. DESARROLLO DEL PROCESO DE GESTIÓN DE OFERTAS PÚBLICAS DE EMPLEO. IV. 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. V ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2021 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (SEDE SEVILLA).

RESUMEN: El presente artículo analiza la última jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en torno a los criterios de selección aplicables a las ofertas públicas de empleo realizados por el Servicio Andaluz de Empleo como órgano de intermediación laboral.

PALABRAS CLAVE: Derecho de acceso a la función Pública. Intermediación laboral.

ABSTRACT: This article analyzes the latest jurisprudence of the Court Superior of Justice of Andalucía regarding the selection criteria applicable to public job offers made by the Andalusian Employment Service as a labor intermediation body.

KEY WORDS: Right of access to the civil service. Labour mediation.

I. EL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO (SAE) COMO SERVICIO PÚBLICO DE INTERMEDIACIÓN EN EL EMPLEO.

A modo de introducción, y aún siendo público y notorio, hemos de indicar que el Servicio Andaluz de Empleo, (en adelante SAE) es, ante todo, un servicio de intermediación laboral, que gestiona, entre otros, “*el registro de demandantes de empleo y la recepción de comunicación de contratos.*” (art. 3.2º d) Ley 4/2002, de creación del SAE).

Como tal, forma parte del Sistema Nacional de Empleo, y conforme al art. 9 del Real Decreto 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, entre sus funciones se incluye el servicio de colocación y de asesoramiento a empresas, que comprende:

“1. El servicio de colocación tiene por objeto identificar y gestionar ofertas de empleo, incluyendo las procedentes del resto de los países del Espacio Económico Europeo u otros países, y localizar y desarrollar nuevas oportunidades de empleo, vinculándolas a los usuarios que mejor se ajusten a ellas en función de su perfil y competencias, a fin de facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades, así como la información acerca de los procesos de contratación, y a los trabajadores su acceso a las ofertas de empleo adecuadas y disponibles. Este servicio incluye la difusión de las ofertas de empleo en el marco del Sistema Nacional de Empleo y del Portal Único de Empleo establecido en el artículo 8.2.b) de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre.

2. El servicio de colocación comprenderá las siguientes actividades:

a) Gestión de las ofertas de empleo a través de la casación entre ofertas y demandas: Comprenderá la captación y gestión de las ofertas de empleo y su casación con los demandantes de empleo registrados de acuerdo con su perfil profesional y, particularmente, con sus competencias profesionales. En la prestación de este servicio, los Servicios Públicos de Empleo verificarán el cumplimiento de la obligación de los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo de aceptar la colocación adecuada que les sea ofrecida por tales Servicios Públicos de Empleo, o por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquellos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 231 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

La gestión de ofertas y demandas de empleo comprenderá en particular: (...)

3.º Difusión de información sobre las ofertas de empleo adecuadas y disponibles: Además de la difusión a través del Portal Único de Empleo, comprenderá la información general y particular a requerimiento de cualquier usuario de las ofertas de empleo disponibles, para facilitar la movilidad funcional sectorial y geográfica.”

En el ejercicio de las citadas competencias, y para la gestión de las ofertas públicas de empleo, el SAE ha ido dictando de forma sucesiva distintas Instrucciones con el objeto de establecer los criterios de ordenación general que se aplicarán a las candidaturas que cumplan con los requisitos

registrados como imprescindibles en las ofertas gestionadas por sus oficinas, siendo dicha ordenación esencial para realizar la labor intermediadora que le corresponde ex lege.

En nuestro análisis, nos centraremos en la Instrucción 1/2021, recientemente anulada por Sentencia de fecha 19 de diciembre de 2021 dictada por la Sala de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

II. PRESUPUESTOS PARA GENERAR OFERTAS PÚBLICAS DE EMPLEO.

Centrándonos en las ofertas públicas de empleo con difusión, la Administración General de la Junta de Andalucía puede recurrir al SAE, en solicitud de intermediación, en supuestos tasados legalmente.

En concreto, para el personal funcionario interino, el art. 28 del Decreto 2/2002, del 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 dispone que:

“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.

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. 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.”*

Y para el personal laboral, según el Convenio Colectivo aplicable (de 15 de noviembre de 2002, BOJA de 28 de noviembre) el art. 18.4, modificado por Acuerdo de la Comisión Negociadora de 22 de mayo de 2017 (BOJA de 26 de julio):

“4. Solo podrá acudir al Servicio Público de Empleo, previa autorización del órgano competente en materia de función pública, cuando se encuentre agotada la Bolsa de la categoría concreta que se requiere para la provincia o localidad en la que se pretenda efectuar la contratación temporal.

4.1. En ese supuesto, el órgano competente interesado presentará oferta genérica de empleo indicando los requisitos de la categoría profesional y, en su caso, del puesto de trabajo.

4.2. El contrato de trabajo se formalizará con el trabajador o trabajadora que se seleccione entre los que dicho Servicio Público proporcione, según criterios o baremos aprobados en la Comisión del Convenio, participando en la selección la representación unitaria del personal.”

Se trata de un mecanismo subsidiario, que exige el agotamiento previo de las bolsas del cuerpo o categoría cuya contratación temporal se pretende, con un procedimiento selectivo que desarrolla el órgano oferente, en nuestro caso, la Administración General de la Junta de Andalucía y que es acorde con el artículo 70 del EBEP.

Asimismo, fácilmente se colige que la oferta de empleo público no es un acto del SAE, sino de la Administración General de la Junta de Andalucía, que el SAE gestiona en cumplimiento de las competencias que tiene atribuidas legalmente.

Por tanto, el SAE se limita a difundir la existencia de la oferta pública, a vincularla con los usuarios que mejor se ajusten a su perfil y competencias, y a remitir a la entidad oferente candidatos que cumplen los requisitos prefijados. Pero el SAE nunca culmina el proceso selectivo en ninguna oferta de empleo, aunque la difunda en el ejercicio de su función de intermediación. Por lo que la decisión de quien accede al empleo público nunca se adopta por el SAE, que no ejecuta ningún proceso selectivo.

Esto es relevante, pues como veremos, la Sentencia que analizaremos, a pesar de recoger el carácter excepcional del proceso, obvia ese carácter de mediador, y no de oferente, cuando equipara la actividad del SAE -pura y simple intermediación entre oferentes y desempleados- con procesos selectivos en los que éste no interviene de forma alguna.

La Sentencia, no considera suficiente para el acceso al empleo público la previa definición en la oferta remitida al SAE de requisitos que se ajustan a los principios de igualdad, mérito y capacidad, ni en los criterios preferentes de ordenación de las solicitudes recibidas por el SAE, ni en la posterior selección del personal que con intervención sindical realiza el órgano de quien procede la oferta y a quien se prestarán los servicios. No obstante, a ello volveremos luego.

III. DESARROLLO DEL PROCESO DE GESTIÓN DE OFERTAS PÚBLICAS DE EMPLEO.

Una vez cumplido el presupuesto establecido en la norma para acudir al SAE para la gestión de este tipo de ofertas, y delimitadas las funciones que corresponden en cada caso a órgano oferente y órgano intermediador, en el proceso de gestión de ofertas públicas con difusión, la intervención del SAE se ajusta a los siguientes pasos:

1.- Con carácter previo a la existencia de la oferta, difunde la autorización por la Consejería competente en materia de función pública de una oferta de empleo público, pendiente de publicar. Con ello se posibilita a cualquier posible interesado el conocimiento de esa autorización, a fin de comprobar si sus datos personales de titulación, disponibilidad, y méritos valiables, se corresponden con los de la futura oferta, para en su caso, hacerlo constar en su registro personal en el SAE.

2.- Posteriormente, a petición del órgano que realizará la selección, difunde la oferta, entre otros medios por internet, en el Área de Gestión de la pag. Web del SAE, apartado de Anuncios de Empleo: “Una vez registrada la oferta se procederá de forma inmediata a su difusión en la web del Servicio Andaluz de Empleo durante un periodo de 5 días naturales a contar desde la fecha de registro de la oferta.”.

3.- En ese periodo, los interesados en el puesto, y que cumplan los requisitos exigidos por la oferta, podrán inscribirse utilizando los mismos medios que cualquier otra oferta, por el plazo habitual de cinco días.

Eso sí, sólo podrán hacerlo las personas inscritas en los Servicios Públicos de Empleo, con demanda en alta o suspensión con intermediación que cumplan la totalidad de los requisitos de la oferta, según los datos registrados en su demanda de empleo.

4.- Finalizado el plazo de difusión y solicitud, el SAE comprueba que los requisitos de cada solicitud se ajustan a los exigidos en el puesto. Requisitos exigidos por el órgano oferente.

Las candidaturas incorporadas a la oferta se ordenan automáticamente, atendiendo a los criterios generales que se aplican a las ofertas de empleo gestionadas con difusión establecidos en la Instrucción 1/2021 de la Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, comprobándose siempre y en todo caso la idoneidad y disponibilidad del solicitante.

5.- Realizada la ordenación, se envían cartas de presentación a las personas candidatas al puesto, con indicaciones para enviar su CV o documentación necesaria, o el medio de contacto con la entidad empleadora.

Simultáneamente, a la entidad ofertante se le envía el “Documento de solicitud de resultados de selección”, en el que se relacionan todas las candidaturas enviadas

para que lo devuelva con los resultados informados una vez finalice su proceso de selección, de acuerdo con los criterios y pruebas que la oferente exija.

6.- La oferente convoca a los candidatos, y con intervención sindical, aplica los criterios objetivos negociados en la mesa sectorial correspondiente para la selección de la persona que será nombrada (art. 28.3 Decreto 2/2002 y 18.4 Cc.).

El mecanismo de gestión es claro, las entidades empleadoras presentan una solicitud al Servicio Andaluz de Empleo con objeto de que se le envíen personas candidatas que cumplan con el perfil requerido para el puesto y estén disponibles. Es la entidad empleadora la que define el perfil del puesto cuando cumplimenta el formulario de solicitud de oferta, y determina los requisitos imprescindibles y a valorar para el proceso de selección. Una vez registrada la oferta, se procede a la búsqueda de personas candidatas que cumplan los requisitos establecidos por la entidad empleadora.

Pues bien, el punto 4 de este iter, relativo a la ordenación de las candidaturas incorporadas a la oferta, atendiendo a los criterios generales que venían establecidos en la Instrucción 1/2021 de la Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo para las ofertas con difusión, se ha convertido en el principal motivo de discrepancia jurídica, por considerar la Sala que no atiende a principios de mérito, capacidad e igualdad en el acceso al empleo público, y que finalmente ha conllevado la anulación de la Instrucción. Pasemos a ello.

IV. 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

La Instrucción 1/2021, establecía criterios de ordenación en cascada, habiendo sido el único punto criticado el tercero, que sólo actúa para el desempate entre igualdad de circunstancias, como resulta de sus claros términos:

“Primera. Objeto.

La presente Instrucción tiene por objeto establecer los criterios de ordenación general que se aplicarán a las candidaturas que cumplan con los requisitos registrados como imprescindibles en las ofertas gestionadas por oficinas del Servicio Andaluz de Empleo y modificar la Instrucción 3/2020, de la Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se establece el procedimiento para la gestión de las ofertas públicas de empleo.

Estos criterios de ordenación general no serán de aplicación a tipos de ofertas de ámbito autonómico para los que se haya definido en Hermes una configuración específica, atendiendo a la normativa que las regule.

Segunda. Criterios de ordenación general de candidaturas.

Se establecen distintos criterios de ordenación según la forma de gestión de las ofertas:

En caso de ofertas gestionadas con difusión, los criterios de ordenación automática aplicables a las candidaturas que cumplan los requisitos imprescindibles de la oferta y se hayan inscrito en ellas son:

1. 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.

2. El siguiente nivel de ordenación será la evaluación de disponibilidad. Las candidaturas se ordenarán atendido al mayor porcentaje de disponibilidad, en relación con la ausencia de rechazos a ofertas de empleo.

3. 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.”

En concreto, este tercer criterio ha sido objeto de impugnación al considerar que se hace “uso de un criterio basado en el orden de llegada de los candidatos a los efectos de establecerlo como un sistema de acceso a la función pública”, sin embargo, dicha afirmación obvia que no solo ese criterio es el último de los contemplados para hacer la ordenación de candidaturas, y aplicable en los casos en que haya empate: nunca supera al primero, el imprescindible de la titulación, y el valorable de formación o experiencia; nunca supera al segundo, la disponibilidad del postulante manifestado por la inexistencia de rechazos de ofertas; nunca es suficiente para que el postulante sea seleccionado por el órgano oferente, sino que también obvia, que la selección, y por tanto, el acceso al empleo público, se realiza siempre en un estadio posterior, por la entidad ofertante, conforme a los baremos exigidos para el desempeño del puesto, y nunca por el SAE.

V. RAZÓN DE SER DEL CRITERIO DE DESEMPATE FIJADO POR LA INSTRUCCIÓN 1/2021.

El SAE ha justificado en múltiples informes, y en la propia Exposición de Motivos de la Instrucción anulada, cuales habían sido las razones para introducir el

criterio de desempate de las solicitudes basado en el orden de su presentación, modificando el criterio que contenía la Instrucción 3/2020, inmediatamente anterior a la anulada.

Así, la Instrucción 3/2020, en su redacción original establecía los siguientes criterios de ordenación de las solicitudes:

“• la idoneidad y disponibilidad para el puesto ofertado,

• las condiciones de ordenación específicas que el programa, iniciativa, plan de empleo o norma establezca en su caso para los programas especiales autonómicos.

• en última instancia, los criterios de ordenación general de mayor disponibilidad para el empleo, fecha de solicitud de ocupación o, en su defecto, fecha de inscripción, de la más antigua a la más reciente.”

La Instrucción 1/2021 modifica esos criterios, fijando los siguientes criterios de ordenación:

“En caso de ofertas gestionadas con difusión, los criterios de ordenación automática aplicables a las candidaturas que cumplan los requisitos imprescindibles de la oferta y se hayan inscrito en ellas son:

1. 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.

2. El siguiente nivel de ordenación será la evaluación de disponibilidad. Las candidaturas se ordenarán atendido al mayor porcentaje de disponibilidad, en relación con la ausencia de rechazos a ofertas de empleo.

3. 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.”

Es decir, que con la redacción anterior, a igualdad de requisitos, criterios valorables, y disponibilidad, se elegían los candidatos que más tiempo llevaran solicitando empleo en el SAE; y de acuerdo con la actual redacción, esa triple identidad se resuelve en favor del solicitante más proactivo en relación con la oferta concreta.

La razón del cambio se ofrece en la propia Instrucción, al explicar que *“Actualmente, el Servicio Andaluz de Empleo está inmerso en un proceso de cambio en el modelo de intermediación que hace necesaria la revisión de los criterios generales de ordenación, incorporando criterios que contribuyan a seleccionar las candidaturas más idóneas para el puesto ofertado y que valoren la proactividad de las personas demandantes de empleo.”*

La proactividad es un principio de nuestro sistema jurídico. Se manifiesta en el ámbito procedimental en los mandatos de realizar una interpretación favorable a la validez de un acto; de no rechazar un escrito por defectos subsanables sin dar la oportunidad de subsanarlos; etc.

La Instrucción 1/2021 ha intentado incluir la proactividad como criterio de desempate, no porque ésta suponga un mérito para el ingreso en el servicio público, sino porque es un valor del candidato que se postula para un empleo: muestra que esa persona realiza una búsqueda activa de empleo, está atenta a las ofertas predifundidas y difundidas por el SAE, tiene actualizado su currículum en el SAE, y gestiona sus posibilidades sin procrastinar.

En suma, demuestra su interés en el servicio público con la más diligente de las actuaciones, merecedora de consideración.

El criterio anterior de desempate era la mayor antigüedad en la demanda de empleo en el SAE. Esto es, en llevar más tiempo inscrito como demandante de empleo, sin haber accedido a un trabajo.

Es de señalar que cada vez que una persona desempleada accede a un empleo, deja de estar inscrito en el SAE como demandante de empleo; si esa persona, con posterioridad, cesa en el trabajo y vuelve a inscribirse como demandante, lo hace ex novo, con nueva fecha de inscripción, más reciente. Ello con independencia del tiempo de duración de ese empleo.

Por eso, el desempate basado en la fecha de antigüedad penalizaba a personas que hubieran estado ocupados por breves periodos de tiempo, frente a aquellos que no hubieran tenido ocupación en ese mismo periodo. Como consecuencia no deseada, desincentivaba la aceptación de ofertas de empleo.

Este criterio sin duda respondía a un criterio de política social, pero no es dable afirmar que aportara ningún criterio de mérito ni de capacidad a los candidatos en las ofertas de empleo realizadas por las Administraciones Públicas.

Comparando uno y otro criterios de desempate, no existe una diferencia objetiva en relación a lo que cada uno aporta a esos principios rectores del acceso al empleo público, aunque sea temporal.

Desde la óptica contraria, el criterio de la proactividad evita el desencanto de los demandantes de empleo al potenciar el esfuerzo y la diligencia con la participación en procesos selectivos; mientras que el criterio de la antigüedad merma la disposición del desempleado a participar activamente en la búsqueda de empleo.

VI. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2021 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (SEDE SEVILLA).

Como hemos adelantado, la Sentencia de 16 de noviembre de 2021, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el Recurso de Apelación 1041/2021, anula la Instrucción 1/2001, confirmando la Sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número uno de Sevilla, de fecha de 1 de septiembre de 2021, en el recurso seguido bajo el número 201/21.

La Sentencia considera que la Instrucción 1/21, resulta contraria a derecho toda vez que el criterio de desempate que la misma contiene para regular la selección o priorización de candidaturas presentadas infringe los principios constitucionales de mérito y capacidad. La misma indica en este sentido:

“la excepcionalidad del procedimiento convocado no elude la necesidad de observar los anteriores principios y que la única regulación en estos procesos selectivos de los requisitos de titulación y como criterio selectivo para el acceso a las plazas convocadas el relativo al orden de prioridad en la presentación de las solicitudes de participación, no resulta compatible con los principios constitucionales que rigen el acceso a funciones públicas.”

La sentencia se refiere a este concreto sistema de selección de personal, considerando que, a pesar de sus peculiaridades son aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad dado que se trata de acceso a funciones públicas y afirma:

“.. no debe obviarse que, como delimita esta su ámbito de aplicación, la misma tiene por objeto determinar el procedimiento para la tramitación y gestión de las ofertas públicas de empleo que se presenten ante el Servicio Andaluz de Empleo. Y, a estos efectos, se consideran ofertas públicas de empleo, entre otras, aquellas cuyas entidades empleadoras son organismos o Administraciones públicas, y se remite igualmente a los señalados criterios de ordenación de ofertas aquellas destinadas a cubrir puestos de personal funcionario interino o puestos de personal laboral en el ámbito de la Administración Pública, para aquellos casos en los que la normativa establezca la presentación de oferta de empleo ante el Servicio Andaluz de Empleo como parte del proceso de selección (punto tercero de la Instrucción).

(..) De este modo, no puede perderse de vista que nuevamente estamos ante la regulación de los criterios de selección o priorización de candidaturas presentadas en el marco de ofertas destinadas a cubrir puestos en entidades u organismos públicos.

Conviene recordar nuevamente, con arreglo a las consideraciones expuestas en las anteriores sentencias de esta Sala, que la necesidad

constitucional de observar los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso al desempeño de funciones públicas, no puede resultar obviada aún en el marco del nombramiento temporal de los empleados públicos, *siendo estos todos aquellos que desempeñan sus funciones en el ámbito de la Administración pública, de acuerdo con el artículo 8 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.*

De este modo, las candidaturas finalmente seleccionadas sí habrán debido pasar previamente el filtro de priorización que señalan los criterios regulados en la Instrucción y, entre estos, aparece recogido relativo a la utilización de la fecha de inscripción de la persona candidata en la oferta en difusión, ordenadas de la más antigua a la más reciente; criterio que indudablemente -y, como se ha dicho con insistencia por esta misma Sala resulta contrario a los principios de mérito y capacidad.”

Por tanto, a la luz de lo resuelto, no resulta válido el establecimiento de un criterio de desempate basado en el orden de inscripción de la oferta como manifestación de un principio de proactividad en la búsqueda de empleo, habida cuenta de que todos los aspirantes reciben con carácter previo el anuncio de que la oferta de empleo público se publicará en los próximos días.

Sin embargo, consideramos esencial destacar que, una vez constatado que resulta necesaria la fijación de un criterio de desempate para la ordenación de los cientos o miles de solicitudes para la misma Oferta de empleo público, habida cuenta de que lo contrario haría ineficaz la intervención del Servicio de Empleo, el establecimiento de un criterio u otro para la ordenación de las mismas, aplicable con posterioridad a los requisitos necesarios exigidos por el órgano convocante y la disponibilidad objetiva para el puesto, entendemos que no merma los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas, pues tales principios quedan garantizados en la observancia de los requisitos propios del puesto – de titulación, formación o experiencia-, fijados por el órgano que convoca.

Para dilucidar si efectivamente es así, o por el contrario se mantiene el criterio jurisprudencial citado, que se ha extendido lógicamente, a las ofertas de empleo que aplicaban dicha Instrucción, se ha planteado recurso de casación para que **la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, aclare si resulta compatible con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, consagrados en los artículos 14 y 23 CE que la Administración, a través de su Servicio de Empleo, establezca, una vez cumplidos los requisitos específicos de la oferta de empleo público fijados por el órgano convocante, y los relativos a la disponibilidad, como criterio de desempate el relativo a la prioridad de la inscripción de los candidatos en la oferta de empleo público, como manifestación de la proactividad en la búsqueda de empleo.**