

Expediente Núm. 132/2019
Dictamen Núm. 227/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 3 de octubre de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 31 de mayo de 2019 -registrada de entrada el día 6 del mes siguiente-, examina el expediente relativo al proyecto de Decreto por el que se regula el Acceso con Carácter Temporal al Empleo Público de la Administración del Principado de Asturias, sus Organismos y Entes Públicos.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Contenido del proyecto

El proyecto sometido a consulta se inicia con un preámbulo en el que se recogen los presupuestos normativos de la regulación que aborda, con alusión a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y cita de los artículos 8.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de

octubre, y 4, 6 y 8 de la Ley del Principado de Asturias 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias.

La norma en proyecto tiene como objetivos principales “actualizar” la ordenación en la materia “incorporando las novedades normativas que se han ido produciendo (...), así como aquellos aspectos que faciliten una mayor eficacia en los procedimientos de gestión”, y simplificar y sistematizar el marco establecido “al incluir en su ámbito de aplicación la adscripción de personal no permanente en el extranjero”.

En el preámbulo se detalla la estructura de la disposición y se apuntan los aspectos novedosos, explicitando que su elaboración se adecúa a los principios de buena regulación que enuncia el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

También se deja constancia en la parte expositiva de las competencias del Principado de Asturias en materia de régimen estatutario de sus funcionarios, recogidas en los artículos 10.1.1 y 15.3 de su Estatuto de Autonomía y desarrolladas por la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias, cuyo artículo 14 atribuye al Consejo de Gobierno la dirección de la política de personal en materia de función pública -apartado 1- y la aprobación de los proyectos de decreto en materia de función pública -apartado 2, letra b)-.

La parte dispositiva del proyecto cuya aprobación se pretende está integrada por veinticuatro artículos, todos ellos titulados y agrupados en seis capítulos, una disposición derogatoria, dos disposiciones finales y dos anexos.

El capítulo I, intitulado “Disposiciones generales”, cuenta con dos artículos que abordan el “Objeto y ámbito de aplicación” y los “Criterios rectores en la incorporación de personal temporal”. El capítulo II, relativo al “Procedimiento de elaboración y funcionamiento de las listas y bolsas de

personal temporal”, comprende los artículos 3 a 10, que se ocupan de los “Instrumentos de gestión de personal temporal”, la “Formación de listas de personal temporal”, la “Formación de bolsas de trabajo de personal temporal”, el “Uso compartido de las listas y bolsas de la Administración del Principado de Asturias, sus organismos y entes públicos”, el “Procedimiento extraordinario de formación de bolsas de trabajo de personal temporal”, el “Procedimiento excepcional de nombramiento o contratación de personal temporal”, la “Pérdida de vigencia de las listas y bolsas de trabajo” y la “Ordenación de los candidatos dentro de las listas y bolsas de trabajo”. El capítulo III, rubricado “Adscripción de personal temporal en el extranjero”, contiene los artículos 11 a 13, que tratan de la “Adscripción de personal temporal en el extranjero”, la “Formación de bolsas específicas de personal temporal en el extranjero” y la “Publicidad de la bolsa de trabajo específica”. El capítulo IV aborda la “Gestión de las listas y bolsas de empleo temporal” y comprende los artículos 14 a 20, que versan, respectivamente, sobre la “Tramitación administrativa de las peticiones de nombramiento y contratación”, el “Procedimiento de llamamiento”, la “Mejora de empleo”, las “Limitaciones en los nombramientos y contrataciones”, la “Publicidad de la gestión de las listas y bolsas y tratamiento de datos”, la “Utilización de las listas y bolsas de trabajo por otras instituciones u organismos” y los “Criterios de cese”. El capítulo V contempla “El acceso temporal de las personas con discapacidad” y cuenta con un solo artículo -el 21-, titulado “Adaptaciones de puestos de trabajo”. El capítulo VI, rubricado “Exclusión y suspensión de las listas y bolsas de trabajo de personal temporal”, engloba los artículos 22 a 24, que se refieren a las “Causas de exclusión de las listas y bolsas”, las “Causas de suspensión de llamamiento de las listas y bolsas” y las “Causas de suspensión vinculadas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género y de violencia terrorista”.

La disposición derogatoria única deja sin efecto “las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo previsto” en la norma, y “en

particular” la “Resolución de 20 de febrero de 2004, de la Consejería de Economía y Administración Pública, por la que se establecen normas para la adscripción de personal no permanente”; la “Resolución de 25 de abril de 2005, de la Consejería de Economía y Administración Pública, por la que se establecen normas para la adscripción de personal no permanente en el extranjero”; el “apartado octavo del Acuerdo de 29 de junio de 2006, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2006, de la Administración del Principado de Asturias y sus organismos y entes públicos y las bolsas que derivan de dicho apartado”, y el “Decreto 108/2006, de 5 de octubre, por el que se adoptan medidas para la mejora de la contratación de carácter temporal en el ámbito de la Administración y de los organismos y entes públicos del Principado de Asturias”.

La disposición final primera contiene una habilitación normativa genérica para la ejecución y el desarrollo del Decreto y la segunda fija su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias*.

Los anexos I y II recogen una agrupación de los concejos asturianos en diversas zonas geográficas respecto de las cuales los integrantes de las listas de interinidad deberán manifestar sus preferencias de adscripción en los términos establecidos en el artículo 4.4 de la norma en proyecto. La zonificación del anexo I tiene carácter general, mientras que la del anexo II se ciñe al ámbito específico del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias.

2. Contenido del expediente

Por Resolución de la Consejera de Hacienda y Sector Público de 11 de diciembre de 2018, se ordena el inicio del procedimiento para la elaboración de la disposición de carácter general sometida a consulta.

Con la misma fecha, el Director General de la Función Pública remite a la Secretaría General Técnica el formulario para la sustanciación de la consulta

pública previa de la iniciativa. Consta su publicación en la página web "asturiasparticipa.es" entre el 19 de diciembre de 2018 y el 3 de enero de 2019.

Obran incorporados al expediente un texto articulado del proyecto; la memoria justificativa y la memoria económica, ambas suscritas por el Director General de la Función Pública; la tabla de vigencias; el cuestionario para la valoración de propuestas normativas, y el informe de impacto normativo en materia de género y en la infancia y la adolescencia.

Según las certificaciones que figuran entre la documentación remitida, la norma en proyecto fue analizada por la Mesa General de Negociación de la Administración del Principado de Asturias en un grupo de trabajo en el que también estuvieron presentes los sindicatos de la Mesa Sectorial de Administración General, reunida asimismo con la Junta de Personal Funcionario, y por la Comisión Superior de Personal.

Mediante Resolución de 20 de marzo de 2019, la titular de la Consejería instructora acuerda someter la norma en elaboración a la audiencia de las organizaciones sindicales con representación entre los empleados públicos de la Administración del Principado de Asturias, sus organismos y entes públicos por un plazo de diez días.

El día 12 de abril de 2019, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora remite el proyecto de Decreto a sus homónimos de las restantes Consejerías que integran la Administración del Principado de Asturias en trámite de observaciones.

Con fecha 17 de abril de 2019, y a petición de la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora, la Jefa del Servicio de Gestión Presupuestaria, con la conformidad del Director General de Presupuestos, libra el informe preceptivo al que se refiere el artículo 38.2 del Texto Refundido del Régimen Económico y Presupuestario, aprobado por Decreto Legislativo del Principado de Asturias 2/1998, de 25 de junio.

El día 8 de mayo de 2019, el Director General de la Función Pública remite al Servicio de Asesoramiento Jurídico-Administrativo de la Consejería instructora un informe en el que analiza las alegaciones formuladas por el sindicato UGT y por la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana, así como las presentadas “en el trámite de audiencia” por una persona física.

Con fecha 10 de mayo de 2019, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora emite un informe en el que concluye que la norma cuya aprobación se pretende “no suscita dudas de legalidad en cuanto a sus aspectos competenciales, técnica normativa, tramitación y contenido”, por lo que “se informa favorablemente”.

Finalmente, el proyecto de Decreto es examinado por la Comisión de Secretarios Generales Técnicos que, en reunión celebrada el 13 de mayo de 2019, lo informa “favorablemente” por mayoría, con el voto en contra del Secretario General Técnico de la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana, quien argumenta que “la previsión del artículo 4 de requerir solo ‘una puntuación positiva en el primer ejercicio’ del proceso selectivo de que se trate podría no colmar los principios constitucionales de mérito y capacidad (...), ya que sería suficiente la obtención de 0,01 puntos sobre 100 para integrarse en una lista de personal temporal con prevalencia sobre otros mecanismos de cobertura temporal de empleo público./ A nuestro juicio, la línea a seguir sería, por ejemplo, para evitar la no disponibilidad de listas y bolsas, la establecida en el Decreto 21/2018, de 26 de julio, por el que se regula la selección del personal funcionario interino y del personal laboral temporal de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y de sus Organismos Autónomos”.

3. En este estado de tramitación, mediante escrito de 31 de mayo de 2019, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al proyecto de Decreto por el que

se regula el Acceso con Carácter Temporal al Empleo Público de la Administración del Principado de Asturias, sus Organismos y Entes Públicos.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- Objeto del dictamen y competencia

El expediente remitido se refiere a un proyecto de Decreto por el que se regula el Acceso con Carácter Temporal al Empleo Público de la Administración del Principado de Asturias, sus Organismos y Entes Públicos.

El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra e), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra e), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Tramitación del procedimiento y contenido del expediente

El procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general se encuentra regulado en el título VI de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), y en los artículos 32 a 34 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias (en adelante Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias).

Junto con el texto en elaboración se han incorporado al expediente la memoria justificativa, la memoria económica y una tabla de vigencias, así como las certificaciones acreditativas del tratamiento del mismo en el ámbito de la Mesa General de Negociación de la Administración del Principado de

Asturias y en la Comisión Superior de Personal. Se ha cumplimentado también el cuestionario para la valoración de propuestas normativas incluido en la Guía para la elaboración y control de disposiciones de carácter general, aprobada por Acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias de 2 de julio de 1992, y obran en él igualmente los informes que analizan el impacto de la norma en distintos ámbitos observando los mandatos establecidos en diversas normas sectoriales.

El proyecto de Decreto ha sido sometido al trámite de consulta pública previa y al preceptivo informe de la Dirección General de Presupuestos. Asimismo, se ha remitido a las diferentes Consejerías que integran la Administración del Principado de Asturias para que formulen las observaciones que estimen pertinentes. Finalmente, se ha emitido un informe por la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora sobre la tramitación efectuada y la justificación y legalidad de la norma que se pretende aprobar, así como por la Comisión de Secretarios Generales Técnicos.

En consecuencia, debemos concluir que la tramitación del proyecto resulta acorde con lo establecido en los artículos 32 y 33 de la Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias y el resto de disposiciones legales de aplicación.

TERCERA.- Base jurídica y rango de la norma

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.13.^a y 18.^a de la Constitución, el Estado tiene competencia exclusiva, entre otras y por lo que aquí interesa, en materia de “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios”.

Por su parte, corresponde al Principado de Asturias, a tenor de lo señalado en los artículos 10.1.1 y 15.3 de su Estatuto de Autonomía, entre otras cuestiones, el establecimiento, de acuerdo con la legislación del Estado, del régimen estatutario de sus funcionarios, en ejercicio de la competencia

exclusiva en materia de organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno.

En el marco de distribución competencial descrito, el 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, se refiere en los artículos 8, 10 y 11 a los empleados públicos vinculados a la Administración mediante una relación de carácter temporal.

El Principado de Asturias, en el ejercicio de las competencias anteriormente citadas y de acuerdo con la legislación del Estado, aprobó la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias, que alude en los artículos 3, 4, 6, 8 y 57.2 a los empleados públicos de carácter temporal -funcionarios y personal laboral-.

En el contexto de este marco legal se aprobaron la Resolución de 20 de febrero de 2004, de la Consejería de Economía y Administración Pública, por la que se establecen normas para la adscripción de personal no permanente; la Resolución de 25 de abril de 2005, de la Consejería de Economía y Administración Pública, por la que se establecen normas para la adscripción de personal no permanente en el extranjero, y el Decreto 108/2006, de 5 de octubre, por el que se adoptan Medidas para la Mejora de la Contratación de Carácter Temporal en el Ámbito de la Administración y de los Organismos y Entes Públicos del Principado de Asturias, que la norma proyectada viene a derogar. También se aprobó el Decreto 6/2012, de 16 de febrero, por el que se regula el Acceso a la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias y la Provisión de Puestos de Trabajo de las Personas con Discapacidad, en el que se regula el empleo temporal de este colectivo y que la norma en elaboración "complementa", según se expresa en el preámbulo, al abordar "un aspecto específico vinculado al acceso con carácter temporal como es la adaptación del puesto de trabajo".

Teniendo en cuenta las competencias asumidas en su Estatuto de Autonomía y la normativa mencionada, debemos considerar con carácter general que el Principado de Asturias resulta competente para dictar la norma reglamentaria objeto de dictamen, y que el rango de la disposición en proyecto -decreto- es el adecuado, a tenor de lo establecido en el artículo 25.h) de la Ley 6/1984, de 5 de julio, del Presidente y del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, y en el artículo 21.2 de la Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias.

CUARTA.- Observaciones de carácter general al proyecto

I. Ámbito material de la norma.

De una primera comparación entre el título competencial y el contenido concreto del proyecto de Decreto debemos concluir que no se aprecia objeción en cuanto a la competencia de la Comunidad Autónoma, que encuentra su apoyo en las asumidas en nuestro Estatuto de Autonomía referenciadas en la anterior consideración.

II. Técnica normativa.

Con relación al ámbito de aplicación de la norma, con las excepciones recogidas en el apartado 2 del artículo 1, procede señalar que trasciende el de la Administración del Principado de Asturias y comprende, al igual que su precedente en la materia, la regulación del empleo público temporal en los "organismos y entes públicos" que forman parte del sector público autonómico. Dotados tales entes y organismos públicos de personalidad jurídica y autonomía de organización y gestión para el cumplimiento de sus fines en los términos establecidos en sus respectivas leyes de creación, están facultados para seleccionar y nombrar o contratar a su propio personal y, por tanto, también para conformar y gestionar sus propias listas o bolsas de empleo de trabajadores temporales.

Ahora bien, se observa que la norma proyectada no siempre tiene en cuenta esta realidad, y así, aunque en los artículos 14 y 15 -incluidos en el capítulo IV relativo a la "Gestión de las listas y bolsas de empleo temporal"- atribuye las correspondientes funciones a la "Dirección General competente en materia de función pública, u órgano competente de los organismos y entes públicos", según correspondan a la Administración autonómica o a los integrantes de su sector institucional, cuando se trata de la formación de las listas el Decreto cuya aprobación se pretende no establece una distinción similar y confiere su elaboración en todo caso al Instituto Asturiano de Administración Pública "Adolfo Posada", asignando asimismo a la Dirección General competente en materia de función pública de la Administración del Principado de Asturias tanto la determinación del orden de prelación en los casos de empate, como la recepción de las preferencias de los integrantes de las listas en cuanto a la adscripción a la zonificación prevista en los anexo, la contratación o nombramiento a tiempo parcial, la convocatoria del procedimiento extraordinario de formación de bolsas de trabajo de personal temporal y la valoración de solicitudes en este procedimiento, así como la recepción de las peticiones de reincorporación a las listas y bolsas de trabajo, sin reparar en que en el ámbito de los organismos y entes públicos serán sus propios órganos con competencias en materia de personal los encargados de desarrollar tales funciones. No ignoramos que los integrantes del sector institucional asturiano a los que se aplicará el Decreto podrían encomendar la gestión material de los procesos para la selección de su propio personal -como efectivamente han hecho en algunas ocasiones- al Instituto Asturiano de Administración Pública "Adolfo Posada", y que también podrían encargar a la Administración del Principado de Asturias la elaboración de sus listas. Sin embargo, puesto que la norma ha de abordar todas las posibilidades de actuación, y destacadamente la del ejercicio de las atribuciones propias, debe revisarse la redacción de los artículos 4, 7 y 10, que han de reformularse para tomar en consideración las competencias en materia de personal de los

organismos y entes públicos del Principado de Asturias incluidos en el ámbito de aplicación de la norma. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Por otro lado, teniendo en cuenta que los citados organismos y entes públicos también disponen de sus propios canales de difusión de la información que les concierne, han de revisarse los artículos 4, 5, 7 y 8, que únicamente contemplan la publicación de las listas y bolsas o de las convocatorias y resultados de los procedimientos extraordinario y excepcional de formación de bolsas de trabajo en el Portal de Transparencia de la Administración del Principado de Asturias, así como de determinados llamamientos en www.asturias.es. Ciertamente, el proyecto reglamentario puede optar por un sistema común o centralizado para practicar esas publicaciones, pero el texto normativo ha de reflejar con nitidez si esos medios centralizados de publicidad se extienden también a las listas o bolsas de personal de los organismos y entes públicos incluidos en su ámbito de aplicación o si estos pueden acudir -en sustitución de aquellos, o como complemento a la publicidad oficial- a sus propias plataformas de transparencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés, o al sitio web del organismo o ente en cuestión.

QUINTA.- Observaciones de carácter singular al proyecto

I. Parte expositiva.

El preámbulo de la disposición contiene una exposición muy detallada de la estructura de la norma con referencia al contenido de cada capítulo de

los que integran su parte dispositiva, pese a que la Guía para la elaboración y control de disposiciones de carácter general establece que la parte expositiva “evitará hacer referencias a la estructura de la disposición y a otras circunstancias que vayan a ser objeto de desarrollo en la parte dispositiva”. En consecuencia, habrá de darse una nueva redacción al preámbulo en la que, prescindiendo de tan exhaustiva descripción -innecesaria en este caso- y atendiendo a lo dispuesto en la citada Guía así como al principio de transparencia al que se refiere el artículo 129.5 de la LPAC, incluya únicamente las oportunas referencias a las competencias en cuyo ejercicio se dicta la norma, la justificación, los objetivos, los aspectos novedosos y los antecedentes. Además de esa revisión, procede señalar que entre las justificaciones de la norma proyectada se echa en falta una referencia y explicitación en el preámbulo a las razones de interés público que han motivado la adopción de un criterio de cese del personal temporal distinto al establecido en la normativa vigente en la actualidad y que presumiblemente guardan relación con una mejora de la gestión de los servicios, excediendo de las meramente económicas o presupuestarias. Dada la entidad y novedad de esta modificación en la norma proyectada, resulta necesaria su mención expresa revelando para general conocimiento que tal cambio de criterio no supone un ejercicio arbitrario de la potestad normativa, sino “discrecional o de legítima opción”, como ha señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de septiembre de 2015 -ECLI:ES:TS:2015:4066- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

Asimismo, debe recogerse en el preámbulo la denominación correcta de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias.

II Parte dispositiva.

En el artículo 1, el apartado 1 expresa que la norma tiene por objeto la regulación del acceso con carácter temporal al empleo público de la

Administración del Principado de Asturias, sus organismos y entes públicos, “sin perjuicio de lo previsto en los apartados siguientes”. Puesto que el artículo 1 solo cuenta con dos apartados en sentido técnico -que son, según la Guía para la elaboración y control de disposiciones de carácter general, los numerados en cardinales arábigos- la expresión que hemos entrecomillado habrá de reformularse de modo que aluda sencillamente al apartado siguiente.

Respecto al acceso a las listas de empleo, establece el artículo 4, apartado 1, del Decreto proyectado, que las listas de personal temporal estarán formadas por “los aspirantes que, sin haberlo superado, al menos hayan obtenido una puntuación positiva en el primer ejercicio del procedimiento selectivo”. Esta previsión normativa, a la que se refiere también el apartado 4 del citado artículo, fue incorporada a nuestro ordenamiento a través de la Resolución de 28 de agosto de 2012, de la Consejería de Hacienda y Sector Público, por la que se modifica la Resolución de 20 de febrero de 2004, de la Consejería de Economía y Administración Pública, por la que se establecen normas para la adscripción de personal no permanente, permitiendo el acceso a la función pública asturiana a personas que no han acreditado debidamente capacidad o mérito alguno para el desempeño de un puesto en la organización administrativa, lo que no resulta admisible en nuestro sistema. En efecto, como ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones (entre otras, Sentencias 206/1988, de 7 de noviembre -ECLI:ES:TC:1988:206-; 67/1989, de 18 de abril -ECLI:ES:TC:1989:67-; 27/1991, de 14 de febrero -ECLI:ES:TC:1991:27-, y 215/1991, de 14 de noviembre -ECLI:ES:TC:1991:215-), el acceso a la función pública y la selección que precede al mismo solo son legítimos si los requisitos impuestos sirven para constatar la capacidad y el mérito de los aspirantes. Sobre la operatividad de estos principios también se ha pronunciado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo, pudiendo citarse, en el concreto ámbito del empleo público temporal, entre otras, las Sentencias de 23 de septiembre

de 2002 -ECLI:ES:TS:2002:6088- y de 2 de enero de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:183- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a). Concluye el Alto Tribunal en la primera de las resoluciones citadas que la selección por parte de la Administración de su personal temporal ha de respetar en todo caso los “condicionamientos constitucionales de la actuación administrativa”, esto es, los principios de igualdad, capacidad y mérito consagrados en el artículo 23.2 de la Constitución, por más que la agilidad impuesta a tales procesos selectivos, derivada de la atención a necesidades perentorias o imprevisibles, impida configurar “la provisión de personal interino como una oposición de acceso a la función pública de carrera”. Así lo ha venido a confirmar también el legislador cuando expresa en el artículo 1.3, letra b), 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 (en adelante TRLEBEP), que la “Igualdad, mérito y capacidad en el acceso y en la promoción profesional” forman parte de los “fundamentos de actuación” del citado Estatuto, o al señalar en el artículo 10.2 de la misma norma, relativo a la selección de funcionarios interinos, que aquella “habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad”.

En consecuencia el principio de capacidad, exigido normativa y jurisprudencialmente, impone a quien desea acceder a un puesto o a la función pública la carga de acreditar que dispone de los conocimientos y aptitud suficientes para desempeñar adecuadamente el puesto o función al que aspira, por lo que la capacidad ha de ponerse necesariamente en conexión con las funciones a desempeñar en cada caso, tal y como establece de forma expresa el artículo 61.2 del TRLEBEP. Por ello, la apreciación de la aptitud de quien aspira a ocupar un puesto en la Administración o en el sector público, ya sea con carácter fijo o temporal, no puede realizarse en abstracto y ha de depender siempre de un juicio de valor, el que resulta de contrastar la capacidad demostrada por el candidato durante el desarrollo del proceso

selectivo y al menos la mínima imprescindible para el correcto desempeño de un puesto o función en la organización administrativa. Tal exigencia es de todo punto lógica, ya que al establecer el ordenamiento jurídico la obligación de que los puestos de la organización administrativa sean desempeñados por personas que han acreditado la aptitud suficiente para el ejercicio de las funciones públicas, se tutela el interés general que la Administración debe perseguir y que eventualmente podría resultar lesionado como consecuencia de la actuación de personas que, integradas en la organización, no dispusieran de los conocimientos y aptitudes necesarios para un correcto desempeño de sus cometidos.

A la vista de estas consideraciones estimamos que, en la medida en que la circunstancia de obtener una puntuación superior a 0 en el primer ejercicio del proceso selectivo convocado no integra, de suyo, un juicio positivo de aptitud para operar competentemente en el desempeño de las correspondientes funciones que, en definitiva, es lo que exige el artículo 23.2 de la Constitución, tal requisito no puede considerarse acorde con el principio de capacidad ni con las exigencias legales al respecto y, por tanto, debe eliminarse como criterio general para formar o acceder a las listas de empleo. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Y en la tesitura de aproximarnos a un requisito que opere como criterio general y respete el principio de capacidad, teniendo en cuenta que el propósito de la norma es establecer el marco de aplicación común a cuantas listas de personal temporal hayan de constituirse en el ámbito de la Administración del Principado de Asturias, sus organismos y entes públicos, una alternativa ciertamente respetuosa con el citado principio pasaría por restaurar el requisito de haber superado, al menos, el primer ejercicio de las pruebas selectivas; criterio que ya recogía en su redacción originaria el artículo

5 de la Resolución de 20 de febrero de 2004, de la Consejería de Economía y Administración Pública, por la que se establecen normas para la adscripción de personal no permanente. Ahora bien, tampoco puede obviarse que la capacitación derivada del sistema de formación general podría ser suficiente, en ciertas categorías y cuerpos, para el adecuado desempeño en el sector público, destacadamente tratándose de puestos o funciones para los que se requiera simplemente estar en posesión de una titulación habilitante del ejercicio profesional en cuestión. De ahí que se estime que el requisito de superación del primer ejercicio del proceso selectivo podría flexibilizarse en estos casos, ya sea fijando un parámetro general inferior, ya sea remitiendo a las bases de la convocatoria la determinación de la puntuación mínima necesaria para formar parte de la lista.

En todo caso, convendría introducir una regla supletoria para aquellos supuestos en los que la convocatoria no establezca un criterio específico, resultando idóneo como parámetro general, en la medida en que acredita objetivamente ciertos conocimientos, bien la superación del primer ejercicio del proceso selectivo o bien la obtención en el mismo de una puntuación que rebase, al menos, la mitad de la exigida para el aprobado.

Al margen de lo anterior, hemos de señalar que corresponde a la Administración valorar las repercusiones y, consecuentemente, la oportunidad de modificar la configuración del sistema de formación de listas de empleo vigente hasta la fecha para convertirlo en otro que incluya asimismo una valoración de méritos, a imagen de los que operan en el derecho autonómico comparado y que son muy similares a aquellos por los que se rigen los sujetos excluidos del ámbito de aplicación de la norma que analizamos. Ahora bien, teniendo presente que la valoración de los méritos no debe suplir la acreditación de la capacidad, salvo que los servicios acreditados avalen la específica competencia de los aspirantes toda vez que, como ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones (por todas, Sentencia 111/2014, de 26 de junio -ECLI:ES:TS:2014:111-), “la consideración de los

servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados´ (...). Pero no puede llegar a convertirse en un requisito que excluya la posibilidad de concurrencia de terceros, ni de tener una dimensión cuantitativa que rebase el `límite de lo tolerable´”.

En el artículo 5, relativo a la formación de bolsas de trabajo de personal temporal, el apartado 2 establece la prelación en el llamamiento de los aspirantes que hayan manifestado su preferencia para ser contratados o nombrados a tiempo parcial; sin embargo, el precepto no especifica cómo se resolverán los empates que podrían producirse entre quienes habiendo superado el proceso selectivo con idéntica puntuación concurren por el mismo grupo, ya sea el de los que prefieren ocupar puestos a tiempo parcial o el de los que persiguen obtener una contratación o nombramiento a jornada completa. La seguridad jurídica impone, por ello, expresar en la norma los criterios de desempate que se aplicarán en estos supuestos, que bien podrían ser los establecidos respecto de las listas en el artículo 4.3 de la misma norma, en cuyo caso bastaría con efectuar la oportuna remisión a dicho precepto.

En relación con el artículo 6, titulado “Uso compartido de las listas y bolsas de la Administración del Principado de Asturias, sus organismos y entes públicos”, incluido en el capítulo II -“Procedimiento de elaboración y funcionamiento de las listas y bolsas de personal temporal”-, advertimos, en primer lugar, que sistemáticamente tendría mejor acomodo en el capítulo IV, en el que se trata la “Gestión de las listas y bolsas de empleo temporal” y en el que ya existe otro artículo -el 19, rubricado “Utilización de las listas y bolsas de trabajo por otras instituciones u organismos- de similar objeto.

En segundo lugar apreciamos que, pese a que el título del artículo que comentamos sugiere la puesta a común disposición de las listas y bolsas por parte de la Administración del Principado de Asturias y de los organismos y entes públicos que forman parte del sector institucional autonómico para su utilización en condiciones de reciprocidad, si nos atenemos a la redacción del precepto observamos que en él no se contempla expresamente que los organismos y entes públicos del Principado de Asturias puedan recurrir recíprocamente a las listas y bolsas de la Administración del Principado de Asturias al señalar, en el apartado 1, que “La Administración del Principado de Asturias, sus organismos y entes públicos podrán realizar nombramientos o contrataciones temporales acudiendo a las listas o bolsas existentes en otros organismos y entes públicos de esta Administración”. Si la voluntad de los redactores de la norma es que los organismos y entes del sector institucional autonómico puedan emplear las listas y bolsas formadas para servir en principio a la Administración del Principado de Asturias -posibilidad que recoge el artículo 19 de la Resolución de 20 de febrero de 2004, de la Consejería de Economía y Administración Pública, por la que se establecen normas para la adscripción de personal no permanente, actualmente en vigor, y que además es de todo punto lógica habida cuenta que el artículo 19 del Decreto en proyecto contempla la posibilidad de utilización de las citadas listas y bolsas por parte de las “entidades que integran la Administración Local del Principado de Asturias, las empresas públicas, entes del Principado de Asturias que se rigen por el Derecho Privado y la Universidad de Oviedo”-, en aras de la seguridad jurídica, deberá darse una nueva redacción al apartado 1 del artículo 6 al objeto de aclarar dicho extremo. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

En el artículo 15, apartado 2, las expresiones “cuando” y “sea necesario” no añaden ningún contenido al precepto, por lo que proponemos su eliminación en favor de la economía del lenguaje, de tal forma que el apartado que comentamos quede redactado como sigue: “El lapso entre la primera y la tercera llamada será de un mínimo de treinta minutos. No obstante, este plazo se podrá reducir excepcionalmente y por necesidades del servicio debidamente motivadas por el centro gestor. El funcionario actuante diligenciará los datos de las mismas, que serán de conocimiento público”.

El artículo 20 determina los criterios de cese o extinción de los contratos del personal temporal variando el criterio de prelación a efectos del cese establecido en el artículo 17 de la Resolución de 20 de febrero de 2004, por la que se establecen normas para la adscripción de personal no permanente, actualmente en vigor, respecto de quienes desempeñan puestos de trabajo idénticos. De este modo, si en la actualidad el cese afecta al empleado “más antiguo” cuando el Decreto que analizamos entre en vigor cesará primeramente “el que tenga un nombramiento o contrato más reciente”. Tal cambio de sistema implicará que, con la aprobación de esta norma, quedarán frustradas las expectativas de ciertos empleados temporales contratados o nombrados al amparo de la Resolución de 20 de febrero de 2004 que ocupan puestos de idéntica configuración a los desempeñados por otros temporales de mayor antigüedad, cuyas perspectivas, por el contrario, se verán ampliadas. Tal realidad suscita la cuestión de si, en tales circunstancias, el ordenamiento jurídico impone alguna traba al ejercicio de la potestad de autoorganización que la Administración ejercita cuando establece o altera el régimen del personal a su servicio. La respuesta a tal cuestión, que han abordado en algunas ocasiones los tribunales de justicia (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2006 -ECLI:ES:TS:2006:1617-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª; del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 9 de marzo de 2005 -ECLI:ES:TS:TSJCLM:2005:598-,

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de junio de 2010 -ECLI:ES:TSJM:2010:10503- y, más recientemente, de 12 de enero de 2018 -ECLI:ES:TSJM:2018:352-, ambas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), pasa por considerar en primer lugar que la Administración, cuando ejercita la potestad citada y dentro del debido respeto a la legalidad, tiene un amplio margen de discrecionalidad para elegir razonadamente, entre todas las soluciones posibles e igualmente válidas, la que mejor satisfaga el interés general. Por ello, frente al ejercicio de dicha potestad y a la demanda de inalterabilidad de otras formas de organización o actuación precedentes y distintas no pueden esgrimirse con éxito más que los derechos adquiridos o intereses legítimos, pero no cabe invocar las meras expectativas de estabilidad laboral por más legítimas que estas puedan ser, resultando evidente que la permanencia en el desempeño del puesto de los empleados temporales (ya sea de los más antiguos o de los más recientemente nombrados o contratados) encaja, por definición, en esta última categoría. Ahora bien, lo anterior no obsta la conveniencia, como se indicará seguidamente, de establecer un régimen de transitoriedad de la norma proyectada que pudiera atemperar o modular el cambio de criterio de cese.

En el artículo 22 se relacionan las causas de exclusión temporal y definitiva de las listas y bolsas, señalándose en el apartado 3, letra b), como causa de exclusión definitiva “el rechazo de la oferta de empleo”. Sugerimos completar dicha expresión con la precisión de que el rechazo ha de ser “expreso” al objeto de dotar a la norma de total claridad, pues aunque el apartado 3 del artículo 15 del Decreto en proyecto hace equivaler la falta de reacción a los llamamientos por parte de los integrantes de las listas y bolsas en plazo también a un rechazo (evidentemente tácito) este, de conformidad con lo señalado en el artículo 22.1.b), solo tiene como consecuencia la exclusión temporal de las listas y bolsas.

III. Parte final.

Observamos que el Decreto proyectado no contiene ninguna disposición transitoria que discipline el régimen aplicable a las situaciones jurídicas derivadas de la preexistencia de listas y bolsas constituidas con anterioridad a su entrada en vigor. Más concretamente, no se aclara, como lo hicieron en su día las normas precedentes sobre la misma materia y que la nueva viene a derogar, si las listas y bolsas preexistentes continuarán vigentes hasta su sustitución por las que se constituyan de acuerdo con los criterios y procedimientos previstos en la norma de cuya aprobación se trata, ni se especifica si tras la entrada en vigor de la norma la gestión de aquellas listas y bolsas, en caso de que tuvieran continuidad, se realizará conforme a los parámetros fijados en la nueva norma o en la vigente en el momento en que fueron constituidas. Consideramos que, en aras de la seguridad jurídica, debería establecerse un régimen transitorio delimitando su ámbito de aplicación temporal y material.

Por lo que se refiere a la disposición final segunda, debemos reiterar la doctrina de este Consejo sobre la supresión de la *vacatio legis*, conforme a la cual tal forma de proceder menoscaba el principio de seguridad jurídica en tanto no se justifiquen los motivos que la aconsejan, que deberían quedar especificados en el preámbulo.

IV. Anexos.

El título del anexo II -"Zonas geográficas específicas para el organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos"- ha de modificarse para reflejar la denominación real del citado organismo, que es, de conformidad con lo establecido en la Ley 7/1991, de 5 de abril, de Asistencia y Protección al Anciano, la de organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que el Principado de Asturias ostenta competencia para dictar la norma proyectada y que, una vez atendidas las observaciones esenciales contenidas en el cuerpo de este dictamen y consideradas las restantes, puede someterse a la aprobación del órgano competente.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.