

Número marginal: IV.1

DICTAMEN Núm.: 200/2015, de 25 de marzo

Ponencia: Balaguer Callejón, María Luisa

Martín Moreno, José Luis. Letrado Mayor

Órgano solicitante: Consejería de Hacienda y Administración Pública.

Cuestión sometida a dictamen y principales temas tratados: Consulta facultativa sobre la valoración del mérito de la antigüedad en los concursos para provisión de puestos de trabajo de personal funcionario de la Administración General de la Junta de Andalucía y la controversia jurídica existente al respecto.

TEXTO DEL DICTAMEN

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

La Excm. Sra. Consejera de Hacienda y Administración Pública formula consulta facultativa sobre "valoración del mérito de la antigüedad en los concursos para provisión de puestos de trabajo de personal funcionario de la Administración General de la Junta de Andalucía y la controversia jurídica existente al respecto".

La solicitud de dictamen subraya la especial trascendencia y repercusión del asunto, en los términos del artículo 18 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, y del artículo 8 de su Reglamento Orgánico, que exigen que tales extremos queden debidamente fundados en la petición del dictamen.

A tal efecto, la Consejera de Hacienda y Administración Pública se refiere a la relevancia de las convocatorias de concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo de la Administración y realiza una exposición detallada sobre la compleja problemática creada al dictarse resoluciones judiciales contradictorias sobre si en el cómputo de la antigüedad se han de valorar los servicios prestados por los concursantes antes de ser funcionarios de carrera. En tal sentido, se destaca la trascendencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2011 (asunto C-177/10, Rosado Santana) sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada; sentencia que da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia. En particular se subraya el análisis que el Tribunal realiza de la cláusula 4 del referido Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, afirmando que debe interpretarse «en el sentido de que se opone a que los períodos de servicio cumplidos por un funcionario interino de una Administración Pública no sean tenidos en cuenta para el acceso de éste, que entre tanto ha tomado posesión como funcionario de carrera, a una promoción interna en la que sólo pueden participar los funcionarios de carrera, a menos que dicha exclusión esté justificada por razones objetivas, en el sentido del apartado 1 de dicha cláusula». En esta dirección, precisa que «el mero hecho de que el funcionario interino haya cumplido dichos períodos de servicio sobre la base de un contrato o de una relación de servicio de duración determinada no constituye tal razón objetiva».

La solicitud de dictamen se justifica como consulta facultativa, acompañando una extensa exposición de antecedentes y los argumentos esgrimidos por la **Consejería de Hacienda y Administración Pública** para justificar su trascendencia y repercusión.

Resulta evidente que no nos encontramos ante un asunto comprendido entre los que deben ser preceptivamente dictaminados, según el artículo 17 de la Ley del Consejo Consultivo de Andalucía. Como es sabido, los artículos 4 y 18 de dicha Ley prevén la posibilidad de

consultas facultativas en supuestos no contemplados en el artículo 17 *"que por su especial trascendencia o repercusión lo requieran"*. Tal posibilidad se desarrolla en el artículo 8.2 del Reglamento Orgánico del Consejo, que exige que la trascendencia o repercusión del asunto objeto de consulta sean debidamente fundamentados en la petición, al mismo tiempo que establece una limitación subjetiva, al señalar que no podrán ser formuladas al Consejo consultas facultativas por aquellas entidades y organismos a los que la Ley de creación del mismo sólo reconoce la facultad de consultar en los casos previstos por las leyes.

Pues bien, la trascendencia y repercusión del asunto objeto de consulta es palmaria, ya que la Comisión Europea considera que la exclusión de los servicios previos del concepto de antigüedad es contraria al Derecho de la Unión Europea (Directiva 1999/70/CE) y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), por lo que ha advertido que, en caso de no corregirse dicho incumplimiento, puede iniciar un procedimiento formal de infracción. Pero más allá de lo anterior, el asunto es de suma relevancia porque afecta de manera sustancial a la Función Pública de la Junta de Andalucía y al derecho fundamental de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE). La cuestión controvertida se ha convertido en un semillero de pleitos, con pronunciamientos contradictorios de órganos judiciales y posiciones claramente contrapuestas que han sido esgrimidas en diferentes ámbitos por los interesados, colectivos de funcionarios y las organizaciones sindicales que les representan.

La situación que se describe afecta a miles de funcionarios y la parálisis en los concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo vacantes (la última convocatoria de concursos data de 2011) es a todas luces dañina para el normal funcionamiento de la Administración de la Junta de Andalucía y para la carrera profesional del conjunto de sus funcionarios. Siendo como es la Función Pública el instrumento del que se vale la Administración para la realización de los fines y objetivos que está obligada a perseguir, de conformidad con la Constitución y el Estatuto de Autonomía, no es necesario abundar en la importancia que tiene el esclarecimiento de las cuestiones sometidas a dictamen de este Consejo Consultivo.

En consecuencia, resulta procedente la emisión del dictamen solicitado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley del Consejo y 8 de su Reglamento Orgánico, todo ello en los términos y con el alcance que se concretan en los siguientes fundamentos jurídicos.

II

Expuesto lo anterior, para enmarcar la cuestión de fondo, es de suma importancia dar cuenta de los antecedentes más relevantes de la consulta y del alcance de ésta, efectuando las precisiones que sean menester. A esta finalidad se destinan los dos siguientes fundamentos jurídicos.

La consulta alude a diversos informes sobre esta materia emitidos por la Asesoría Jurídica de la Consejería de Economía y Hacienda. En el primero, de 23 de septiembre de 2011, se concluye que los órganos de la Administración están obligados a aplicar íntegramente el Derecho de la Unión Europea y deben tutelar los derechos que éste concede a los particulares, absteniéndose de aplicar, en su caso, cualquier disposición contraria del Derecho interno.

Después de haberse dictado la referida sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2011, consta que la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Sevilla, dictó sentencia, con fecha 16 de septiembre de 2011, desestimando el recurso interpuesto frente a las bases de una convocatoria de concurso de méritos que excluían los servicios prestados antes de la adquisición de la condición de funcionario de carrera para el cómputo del mérito de la antigüedad, y ello por considerar la Sala tales bases no infringen el principio de no discriminación previsto en la Directiva 1999/70/CE del Consejo. En este sentido se razona que existen causas objetivas que, de acuerdo con lo previsto en la misma Directiva, justifican la distinción entre los servicios prestados como personal interino y los prestados como funcionario de carrera a efectos de la carrera profesional. Razones que llevan a la Sala a considerar que la regulación que ofrece en este punto el Decreto 2/2002, de 9 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso, promoción interna, provisión de

puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía, en su redacción originaria, resulta ajustada a Derecho. En el mismo sentido, el escrito de consulta cita la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Núm. 12 de Sevilla, de 28 de septiembre de 2011, y la de 19 de octubre de 2011, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Núm. Seis de Sevilla.

A la vista de lo anterior, se recabó informe complementario de la Asesoría Jurídica de la [Consejería de Hacienda y Administración Pública](#), emitido el 2 de noviembre de 2011, en el que se considera que, al no existir divergencia entre personal interino o de carrera a efectos del cómputo de la antigüedad, procede revocar las bases con arreglo a las cuales se convocaron los concursos de méritos para adaptarlas al Derecho de la Unión Europea. De conformidad con dicho informe, se dictaron diversas órdenes y resoluciones, con fecha 14 de noviembre de 2011, revocando parcialmente las bases de los concursos de méritos, en el sentido de modificar el criterio de valoración de la antigüedad, para permitir el cómputo de servicio prestados por los concursantes, en interinidad, o como personal funcionario de carrera.

Sin embargo, como expone la Asesoría Jurídica, contra las bases originales de los concursos, así como contra la revocación de las mismas se interpusieron numerosos recursos contencioso-administrativos, recayendo pronunciamientos judiciales contradictorios; unos anulando las bases originales de algunas convocatorias y otros la revocación y modificación de dichas bases.

A título de ejemplo, se mencionan las siguientes resoluciones judiciales:

-Sentencia 129/2012, de 10 de abril, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo Num. Dos de Almería (anula la resolución de revocación parcial de las bases).

-Sentencia 199/2012, de 28 junio, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo Núm. Doce de Sevilla (en el mismo sentido que la anterior).

Según se desprende de la documentación remitida, en este estado de cosas -hallándose impugnados todos los concursos- se dictó la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2012 (asuntos acumulados C-302/11 a C-305/11; *Rosanna Valenza y otras v. Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato*), en la que se afirma que la referencia a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no puede constituir, por sí sola, una «razón objetiva», en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo Marco que figura en anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo. Lo que se colige de dicha sentencia es que -a menos que verdaderamente concurra una razón objetiva- no está justificada la exclusión de los períodos de servicio prestados por un trabajador con contrato de trabajo de duración determinada en un organismo público, para determinar la antigüedad de aquél con ocasión de su contratación por tiempo indefinido por este mismo organismo en calidad de funcionario de carrera en el marco de un procedimiento específico de estabilización de su relación de servicio.

Once días después se dictó la sentencia 3216/2012, de 29 de octubre, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con sede en Granada, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (en adelante TSJA), que en el escrito de consulta se destaca como el primer pronunciamiento judicial firme en el que se analiza la cuestión de fondo. Dicha sentencia estima el recurso de apelación interpuesto por el Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía frente a la sentencia 933/2011, de 11 de mayo de 2012, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Núm. Cinco de Granada (desestimatoria del recurso interpuesto frente a resolución de revocación parcial de las bases del concurso). En esencia, la Sala considera que no son comparables los servicios prestados como funcionario interino y como funcionario de carrera, por lo que existe un fundamento objetivo para la diferenciación de la que partió la norma cuestionada.

A la vista de estos antecedentes se solicitó un tercer informe a la Asesoría Jurídica de la [Consejería de Hacienda y Administración Pública](#), que lo emitió con fecha 4 de diciembre de 2012, en el sentido de reiterar que la Administración, al proceder a la revocación parcial y modificación de las bases iniciales de los concursos, se limitó a aplicar la Directiva

1999/70/CE del Consejo, según la interpretación que de la misma hace la sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2011. Sin embargo, como indica el propio informe, esta interpretación sobre la aplicación directa de la normativa de la Unión por parte de la Junta de Andalucía fue objeto de diversos pronunciamientos judiciales, unos favorables, otros parcialmente desestimatorios y otros íntegramente desfavorables. Tras señalar que la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2012, no fue tenida en cuenta por la sentencia del TSJA, Sala de Granada, de 29 de octubre (antes mencionada), el informe de la Asesoría Jurídica se pronuncia sobre la forma de dar cumplimiento a las sentencias 129/2012, de 10 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Núm. Dos de Almería; 199/2012, de 28 junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Núm. Doce de Sevilla; Sentencia de 16 de octubre de 2012, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Sevilla, del TSJA, y la ya citada sentencia núm. 3216/2012, de 29 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Granada, del TSJA. El informe concluye que, aunque la fundamentación jurídica de dichas resoluciones judiciales no es coincidente, en todo caso se trata de sentencias ejecutables (la dos últimas firmes). Para llevar a cabo dicha ejecución, precisa el informe que ha de tenerse en cuenta que la anulación de la modificación de las bases hace que éstas recobren su contenido originario, conforme al cual debe la Administración resolver los concursos.

En este sentido, el escrito de consulta hace notar que la Administración adoptó las decisiones oportunas "en orden a la finalización de tales procesos (con los correspondientes allanamientos y desistimientos), a fin de que se levantasen las suspensiones judiciales que impedían la resolución de los concursos". Simultáneamente, según se aclara en dicho escrito, las comisiones de valoración retomaron sus trabajos, ajustándose al baremo previsto en las bases originales de las convocatorias y se procedió a la resolución de los concursos de méritos por diferentes órdenes y resoluciones de 19 de marzo de 2013.

Según el escrito de consulta, como consecuencia de la resolución de los concursos, la Comisión Europea solicitó informe de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en el marco del Proyecto Piloto 5241/13-EMPL, relativo a la igualdad de trato en los procedimientos de selección de personal en el sector público de España, y sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE), habiendo respondido la Comunidad Autónoma que intentó adaptar la normativa autonómica al Derecho Comunitario Europeo en dos ocasiones. La primera, modificando el Decreto 2/2002, mediante el Decreto 528/2004, de 16 de noviembre; modificación que fue declarada nula por la sentencia 370/2006, de 10 de julio, del TSJA, Sala de Granada. La segunda, tras la sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2011, mediante la revocación parcial de las bases originarias de los concursos de méritos que se encontraban en trámite para adaptarlas a la referida sentencia; revocación que fue nuevamente anulada por el TSJA.

En el informe antes referido se expone que la Junta de Andalucía no comparte la doctrina del TSJA sobre la compatibilidad con la Directiva 1999/70/CE de la falta de valoración, a efectos de antigüedad, de los servicios prestados como personal funcionario interino, aunque, por imperativo del artículo 118 de la Constitución Española, se ve obligada a acatarla.

La Comisión Europea cerró el Proyecto Piloto 5241/13-EMPL declarando que los argumentos utilizados por el TSJA para mostrar una diferencia objetiva entre el personal permanente y temporal en el servicio público español no son compatibles con la Directiva 1999/70/CE. Señala el escrito de consulta que, mediante comunicado, la Comisión expuso que la situación descrita podría determinar la apertura de un procedimiento de infracción al Estado Español.

También se alude en el escrito de consulta a la sentencia del Tribunal Constitucional Nº 212/2014, de 18 diciembre, que resuelve el recurso de amparo nº 4007/2012, presentado frente a la sentencia de 12 de enero de 2012, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Sevilla, del TSJA, en respuesta al recurso de apelación nº 142/2011, así como frente al auto de 13 de abril de 2012, que desestima el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra dicha sentencia. La sentencia recurrida (referida a concursos de méritos convocados en 2007, con unas bases idénticas a las de los convocados en 2011), considera que la limitación de la antigüedad computable al tiempo de servicios prestado como personal funcionario de carrera, no es contraria a la Directiva 1999/70/CE. Como veremos luego, la sentencia del Tribunal Constitucional no entra en esta cuestión, sino que se centra en si la Sala debió plantear cuestión prejudicial ante el

TJUE. La sentencia del Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo (una magistrada, partidaria de otorgar el amparo solicitado, formula voto particular; también el Ministerio Fiscal considera que ha existido lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión).

La exposición que acompaña a la solicitud de dictamen destaca la necesidad de iniciar nuevos procedimientos de concursos de méritos y se refiere a las reuniones mantenidas con las organizaciones sindicales, con posturas encontradas derivadas de los pronunciamientos judiciales contradictorios respecto de la valoración del mérito de la antigüedad en cuanto a los servicios prestados con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario de carrera. En dichas reuniones, unas organizaciones sindicales han expresado su voluntad de recurrir las convocatorias si se tiene en cuenta la antigüedad como personal interino y otras judicializarían el procedimiento si ocurriera lo contrario.

También se refiere la petición de dictamen a las recomendaciones del Defensor del Pueblo Andaluz (Queja Q14/175), con el fin de que se adopten las medidas precisas para preservar el derecho a la carrera profesional del personal empleado público y, en particular, en su vertiente de convocatoria de concurso de méritos del personal funcionario.

Ante la situación descrita, el escrito de consulta finaliza del siguiente modo:

«...la opción de establecer nuevos procesos de concursos de méritos y de promoción interna utilizando los criterios del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía nos aboca con seguridad a un procedimiento sancionador por parte de la Comisión Europea que puede ser lesivo para la Comunidad Autónoma. Por el contrario, de cumplir los criterios de la Unión Europea, de la Administración General del Estado, así como del resto de las Comunidades Autónomas, parece inevitable que conllevaría a una interrupción del proceso y a una sentencia desfavorable por parte del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

»Teniendo en cuenta que es voluntad de esta Administración preservar el derecho a la carrera profesional de sus empleados públicos y desbloquear la controversia jurídica existente, sin dejar de observar la obligación institucional de evitar cualquier reproche o sanción proveniente de las autoridades comunitarias, es por lo que se solicita, al amparo de lo previsto en el artículo 18 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, dictamen con carácter facultativo de ese órgano Consultivo.»

III

Como se ha visto en el anterior fundamento jurídico, lo antecedentes más cercanos se centran en la problemática generada por la aplicación de la Directiva 1999/70/CE en relación con el reconocimiento de los servicios previos en los concursos de méritos, pero dichos antecedentes deben completarse recordando que el Consejo Consultivo se ha pronunciado en diferentes dictámenes en el sentido de que la exclusión de los servicios previos en el cómputo de la antigüedad, esto es, la eliminación de los servicios prestados por los concursantes antes de adquirir la condición de funcionarios de carrera supone una discriminación sin fundamento objetivo que incurre en un vicio *contra legem*.

1. Relevancia de las consideraciones formuladas por el Consejo Consultivo en el dictamen 310/2004.

En efecto, hace casi once años, el Consejo Consultivo advirtió, en una observación de carácter esencial, sobre la necesidad de que la antigüedad objeto de valoración en los concursos de méritos incluyera los servicios previos; observación que se formuló en el dictamen 310/2004, tras un estudio exhaustivo de la normativa básica y autonómica, incluyendo un examen comparado de la valoración de la antigüedad en los concursos de méritos de la Administración General de Estado, en todas las Comunidades Autónomas y en las Entidades Locales, tras analizar los principios constitucionales en la materia y la jurisprudencia sobre el significado que tienen tales concursos desde la perspectiva del derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución Española.

Por consiguiente, el dictamen 310/2004 es obligado punto de partida para el pronunciamiento sobre las cuestiones planteadas por la Excm. Consejera de Hacienda y Administración Pública, y en este sentido seguidamente se expondrán sus principales consideraciones.

El artículo 26.1 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, incluye la antigüedad entre los méritos a valorar en los concursos, reflejando así el legislador andaluz la consideración de un mérito históricamente reconocido en nuestro país, al configurar los sistemas de provisión de puestos de trabajo en la Función Pública y los de promoción interna.

Sin embargo, 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, aprobado por Decreto 2/2002, supuso una inflexión en la materia, al apartarse del concepto de "antigüedad" -pacífico e indiscutido- que hasta entonces había contemplado la normativa reglamentaria de la Comunidad Autónoma, así como de la normativa reguladora de los concursos de méritos en la Administración General del Estado y en la de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

Concretamente, el artículo 54 del Decreto 2/2002, al regular el baremo general para los concursos de méritos, dispuso en su apartado 3 lo siguiente: "*La antigüedad como personal funcionario se computará por años completos de servicio o fracción superior a seis meses...*"

En 2004, a propósito de la tramitación de una modificación del Reglamento General aprobado por el Decreto 2/2002, el Consejo Consultivo advirtió que la nueva redacción del artículo 54 que se proponía en el Proyecto de Decreto de modificación mantenía la exclusión de los servicios previos en el cómputo de la antigüedad. En línea con la doctrina mantenida sobre esta materia, el Consejo Consultivo concluyó en su dictamen 310/2004 que era obligada la modificación del artículo único, apartado 18, del Proyecto de Decreto, en la redacción dada al artículo 54.2 del Reglamento [Observación III.4.B)]; apartado en cuyo texto inicial se contemplaba un concepto restrictivo de antigüedad, con la discriminación ya referida.

Las observaciones entonces formuladas por el Consejo Consultivo cobran plena vigencia a la luz de la jurisprudencia del TJUE, por lo que, se reproducen, parcialmente, a continuación:

«...la eliminación de la antigüedad adquirida con anterioridad a la condición de funcionario resulta contraria a la normativa básica, pugna con la propia Ley 6/1985 y está reñida con los principios constitucionales rectores de la función pública; criterio que ha provocado situaciones especialmente graves, con resultados tangibles que operan en contra del interés general y del derecho que todo trabajador tiene a la promoción en el trabajo, cuya potencialidad puede quedar seriamente dañada, en algunos supuestos después de que los interesados hayan prestado servicios durante más de dos décadas a la Administración de la Comunidad Autónoma...

»Es ésta una situación que no se puede ignorar y a la que debe darse respuesta en aras del restablecimiento de la legalidad y de la eliminación de la confusión e inseguridad existente...

»Fiel reflejo del desacuerdo y conflictividad que este tema genera son los diferentes recursos en los que se impugnan convocatorias de concursos de méritos que niegan la antigüedad por servicios previos, lo que exige un esfuerzo por parte de este Consejo Consultivo con la finalidad de contribuir a esclarecer cuál es la solución que procede en Derecho. A tal fin se realizan los razonamientos que siguen.

»a) En primer lugar, la consideración sobre la eliminación de la antigüedad adquirida con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario, debe partir del significado que este concepto tiene a la luz de las referencias constitucionales y legales en la materia.

»Además de las específicas referencias contenidas en los artículos 23.2 y 103.3, la Constitución Española alude en su artículo 35 a la promoción a través del trabajo; precepto que debe ponerse en conexión con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, cuyo artículo 7.c) dispone que los Estados que son parte en dicho Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial "igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad"; siempre teniendo en cuenta que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana.

»A partir de esa guía fundamental, hay que subrayar que la antigüedad es un concepto con claro significado en el Derecho de la Función Pública, como antigüedad en la empresa en un concepto diáfano en el Derecho Laboral. Es al concepto de antigüedad en la Administración al que pretenden referirse el artículo 20.1.a) de la Ley 30/1984 y el artículo 26 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, esto es, al tiempo que una persona acredita en un empleo o en una empresa, que en este caso es la Administración. Sabido es que la antigüedad expresa en términos profesionales un coste de oportunidad: quien sirve a la Administración durante un determinado período deja de estar en otras organizaciones, públicas o privadas, y de buscar su realización profesional por otras vías que igualmente le pueden ser ofrecidas por el mercado laboral.

»En efecto, el artículo 20.1.a) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública, al regular la provisión de puestos de trabajo, dispone que "los puestos de trabajo adscritos a funcionarios se proveerán de acuerdo con los siguientes procedimientos: a) Concurso: Constituye el sistema normal de provisión y en él tendrán únicamente en cuenta los méritos exigidos en la correspondiente convocatoria, entre los que figurarán los adecuados a las características de cada puesto de trabajo, así como la posesión de un determinado grado personal, la valoración del trabajo desarrollado, los cursos de formación y perfeccionamiento superados y la antigüedad. Se trata de un apartado que tiene carácter básico al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, según lo dispuesto en el artículo 1.3 de la propia Ley. Con idéntico alcance ha sido concebida la antigüedad como criterio objetivo a considerar en la reasignación de efectivos como consecuencia de un plan de empleo [art. 20.1.g)].

A ese mismo concepto de antigüedad como mérito valorable es al que se refiere la disposición adicional vigésimosegunda de la Ley 30/1984 al regular, también con el carácter de base del régimen estatutario de los funcionarios públicos, el acceso a cuerpos o escalas del grupo C desde cuerpos o escalas del grupo D del área de actividad o funcional correspondiente a través de la promoción interna y mediante sistema de concurso-oposición.

»Del mismo modo, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, dispone en su artículo 99 que el concurso será el sistema normal de provisión de puestos de trabajo y en él se tendrán en cuenta los méritos generales, entre los que debe figurar necesariamente la antigüedad.

»En el ámbito de la Comunidad Autónoma, cabe destacar que la materia objeto de desarrollo en el artículo 54 del Reglamento aprobado por el Decreto 2/2002 afecta a la sección segunda del capítulo VI de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la función pública de la Junta de Andalucía, precisamente dedicada a la carrera administrativa de los funcionarios...

»Asumido que es objeto de regulación un elemento fundamental de la carrera administrativa, es obvio que en su configuración deben atenderse tanto los derechos y legítimas expectativas de los funcionarios públicos, como las necesidades de la organización administrativa en la que prestan sus servicios, con el consiguiente cuidado que debe ponerse en la concreción de los méritos a considerar para que la provisión de puestos de trabajo sea expresión de unos y otros. Desde esta óptica debe abordarse la consideración de la antigüedad en la Administración en los baremos de méritos, en el entendimiento de que su reconocimiento constituye no sólo un premio a la fidelidad del empleado público por su permanencia en el tiempo en una determinada organización, en la que ha decidido desplegar su carrera profesional, sino también la identificación del mérito objetivo que expresa una experiencia enriquecedora y la capacitación que lleva aparejada, facilitando el acceso a puestos de mayor responsabilidad.

»En efecto, no sólo no hay ningún obstáculo para la valoración de los servicios previos, sino que la interpretación de los principios de mérito y capacidad y las exigencias que derivan de la salvaguarda de la promoción en el trabajo y la dignidad del trabajador así lo demandan; exigencias que no sólo derivan de lo expresamente establecido en nuestra Carta Magna y en la normativa básica estatal, sino también del concepto mismo de mérito, que no nace en el vacío, sino en un contexto social e histórico determinado que permite dicha valoración.

»En el sentido indicado, el Tribunal Constitucional ha reconocido que los servicios prestados a la Administración pueden ser objeto de valoración en los procedimientos de acceso a la función pública, pues su consideración no es ajena a los conceptos de mérito y capacidad, ya que el tiempo efectivo de servicios pone de manifiesto la aptitud o capacidad para desarrollar una determinada función pública (entre otras, SSTC 67/1989, de 18 de abril, FJ 5; 151/1992, de 19 de octubre; FJ 3, 4/1993, de 14 de enero, FJ 2 y 60/1994, de 28 de febrero, FJ 4), de modo que la consideración del tiempo de servicios previos como mérito computable obedece a circunstancias que no pueden considerarse irrazonables o arbitrarias (STC 107/2003, de 2 de junio).

»Y si la valoración como mérito de la antigüedad o experiencia previa no puede estimarse, pues, como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable con relación a una finalidad de consolidación del empleo temporal, menos aún lo será cuando dicha antigüedad se toma en consideración para la provisión de puestos entre quienes ya son funcionarios, máxime si se tiene en cuenta que quienes acreditan tales servicios previos accedieron en muchos casos a la función pública a través de oposiciones libres y sin puntuación de ninguna clase, por lo que no resultaría lógico borrar su historial profesional y provocar una ficción para considerar que tales servicios son inexistentes a efectos profesionales.

»b) Significado histórico del término antigüedad utilizado en el ordenamiento jurídico de la función pública.

»Hay que subrayar que el término antigüedad viene siendo tradicionalmente utilizado en el ordenamiento jurídico de la Función Pública con el alcance ya visto, equivalente al tiempo de servicios prestados a la Administración. Por no remontarnos muy atrás en el tiempo, bastará con recordar que la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de enero de 1964 se refería en su artículo 59 a la antigüedad como uno de los méritos a considerar en los concursos para la provisión de puestos de trabajo.

»Junto a las referencias legales previstas en los artículos 20.1.a) de la Ley 30/1984 y 26 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, ya citadas, cabe señalar que en desarrollo de ésta el artículo 2.4 del Decreto 78/1991, de 9 de abril, que reguló el baremo de los concursos de provisión de puestos de trabajo adscritos a personal funcionario, dispuso la valoración de la "antigüedad en la Administración Pública" por años completos de servicio o fracción superior a seis meses, precisando que a dichos efectos se computarán los servicios reconocidos que se hubieran prestado con anterioridad a la condición de funcionario.

»Posteriormente, el Decreto 151/1996, de 30 de abril, por el que se regulan los concursos para provisión de puestos de trabajo de la Administración de la Junta de Andalucía adscritos a personal funcionario y se aprueba el baremo que ha de regir los mismos, al ocuparse en su artículo 17 de las reglas a considerar para la aplicación del baremo de méritos se limita a establecer que para la antigüedad no se computarán los servicios prestados simultáneamente con otros igualmente alegados, dando por supuesto, sin necesidad de ningún otro añadido o precisión, que la antigüedad es un concepto suficientemente acuñado en la Ley objeto de desarrollo y va de suyo que en ella se incluyen los servicios prestados con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario de carrera.

»Es el artículo 54 del Reglamento aprobado por el Decreto 2/2002 el que se refiere a la antigüedad como personal funcionario, introduciendo un cambio sustancial en el baremo de méritos, que fue objetado en su día por el Consejo Consultivo, conforme a los razonamientos que se han reproducido.

»Estaba implícito en dicha objeción que dicha antigüedad suponía, indudablemente, un mérito legítimamente adquirido, toda vez que los interinos deben reunir los mismos

requisitos de titulación y capacidad exigidos a los funcionarios de carrera para ocupar los correspondientes puestos, y ha de presumirse que la provisión de plazas en interinidad se realizó de acuerdo con los principios de publicidad, mérito y capacidad.

»Expuestos estos antecedentes legales y jurisprudenciales, hay que significar que el concepto de antigüedad, incluyendo la anterior a la adquisición de la condición de funcionario, se ha erigido en nuestra Comunidad Autónoma como uno de los méritos determinantes de la puntuación en los procesos selectivos libres y en los de promoción interna, al amparo de lo dispuesto en el Reglamento cuya modificación se postula. Desde la perspectiva de la racionalidad y coherencia interna del sistema de acceso y provisión de puestos de trabajo, mal podría entenderse que en la provisión de un puesto de trabajo, mediante concurso, se vete la valoración de la antigüedad adquirida cuando se fue personal interino y se consagre ésta como un elemento fundamental de los procesos selectivos que permiten el acceso al mismo grupo y cuerpo al que figura adscrito un determinado puesto de trabajo que se oferta mediante concurso, o al grupo inmediatamente superior (caso de la promoción interna).

»c) Reconocimiento unánime de los servicios previos por las restantes Administraciones Públicas como consecuencia de la normativa básica.

»El reconocimiento de la antigüedad correspondiente a servicios previos prestados con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario de carrera tiene lugar en la generalidad de Administraciones Públicas. En armonía con la legislación básica estatal, ninguna de las leyes reguladoras de la función pública aprobadas por las Comunidades Autónomas constriñe la antigüedad computable a la adquirida por los interesados a partir de su ingreso como funcionarios de carrera...

[El dictamen cita las diversas leyes autonómicas que así lo confirman; cita que aquí se omite en aras de la brevedad, no sin comprobar que, una década después, el examen comparativo de las disposiciones autonómicas en la materia, arroja el mismo resultado].

»Ese común entendimiento del concepto de antigüedad empleado por la normativa básica y por las distintas leyes de función pública de las Comunidades Autónomas aparece confirmado por la normativa reglamentaria de desarrollo, que se refiere a los servicios efectivamente prestados en las Administraciones Públicas, comprendiendo en todo caso los que son anteriores a la adquisición de la condición de funcionario de carrera.

»Así, comenzando por la normativa estatal cabe citar lo dispuesto en el artículo 44.1.e) del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, el cual, de conformidad con la previsión del artículo 20.1.a) de la Ley 30/1984, establece: "La antigüedad se valorará por años de servicios, computándose a estos efectos los reconocidos que se hubieren prestado con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario de carrera. No se computarán los servicios prestados simultáneamente con otros igualmente alegados. El correspondiente baremo podrá diferenciar la puntuación en atención a los Cuerpos o Escalas en que se hayan desempeñado los servicios".

Dicha disposición viene a reiterar la solución anteriormente prevista en el Real Decreto 28/1990, de 15 de enero, por el que se aprobó el Reglamento General de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado [art. 14.1.e)]. Aún antes, el Real Decreto 2617/1985, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y de Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración del Estado, dispuso en su artículo 19 que la antigüedad habría de valorarse por año completo de servicios, computándose a estos efectos los servicios prestados con carácter previo al ingreso en el Cuerpo o Escala, reconocidos al amparo de lo dispuesto en la Ley 70/1978, de 26 de diciembre.

»Por su parte, el Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter

nacional, establece en su artículo 15 que la antigüedad se valorará hasta el máximo que indica, "computándose, a estos efectos, los servicios prestados con anterioridad al ingreso en la subescala o subescalas correspondientes y los períodos de formación subsiguientes a las pruebas selectivas de acceso a las mismas, en los términos de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, y el Real Decreto 1461/1982, de 25 de junio". Asimismo dicha norma dispone que se computarán los posteriormente prestados en puestos no reservados de cualquier Administración Pública. En este mismo sentido cabe citar lo dispuesto en la Orden de 10 de agosto de 1994, por la que se dictan normas sobre concursos de provisión de puestos reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional [art. 1.E)].

»Así sucede también con la generalidad de normas autonómicas consultadas por este Consejo...

»En añadido a lo anterior, la falta de valoración de un mérito tan esencial y unánimemente reconocido en las restantes Administraciones Públicas supone además un obstáculo ante una eventual profundización en la movilidad administrativa a la que se refiere el artículo 17 de la Ley 30/1984, y el manejo de un distinto concepto de antigüedad resultaría perturbador en una función pública compleja, con frecuentes traspasos de competencias y medios personales y trasvases entre regímenes de empleo por procesos de funcionarización o laboralización, en los que lógicamente se respeta la antigüedad acreditada en el puesto de procedencia...»

2. Actos y resoluciones judiciales posteriores al dictamen 310/2004 que consideran que la valoración de los servicios previos viene vedada por la Constitución y la Ley 70/1978, de 26 de diciembre.

La problemática que se expone en la consulta planteada no puede entenderse sin conocer los avatares normativos y jurisprudenciales posteriores al dictamen 310/2004 de este Consejo Consultivo. Es más, la controversia generada por las consecuencias que se han extraído de la distinción entre servicios prestados como funcionario de carrera y servicios prestados como personal interino se ha manifestado no sólo en el cómputo de los servicios previos a los efectos de la antigüedad, sino también en la valoración del trabajo desarrollado en puestos desempeñados en interinidad, al amparo del artículo 29 de la Ley 6/1985 (en similares términos a lo sucedido con los servicios prestados con carácter provisional, al amparo del art. 30 de la citada Ley), y en las convocatorias de promoción interna. Sin embargo, esa problemática, mucho más rica y compleja, no se aborda en este dictamen, que se ciñe a las cuestiones relacionadas con el cómputo de los servicios previos en la antigüedad, y en esta dirección hay que subrayar que la doctrina sentada en el dictamen 310/2004 es congruente con que este Consejo Consultivo había mantenido anteriormente en sus dictámenes 15/1996, 1/2000 y 179/2001, cuyas consideraciones se dan por reproducidas.

Dada la contundencia de la observación que el Consejo Consultivo realizó en el dictamen 310/2004 en relación con la preterición de los servicios previos en el cómputo de la antigüedad, el Consejo de Gobierno aceptó dicha observación y aprobó el Decreto 528/2004, por el que se modifica el referido Reglamento General de Ingreso, "de acuerdo con el Consejo Consultivo de Andalucía".

Por dicha razón, el artículo 54.2 de dicho Reglamento pasó a tener la siguiente redacción: "...La antigüedad se valorará por años completos de servicio o fracción superior a seis meses, computándose a estos efectos los servicios reconocidos que se hubieran prestado con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario..."

En definitiva, como indica la Asesoría Jurídica de la Consejería consultante, en 2004 se modificó el Reglamento a instancia del Consejo Consultivo, de manera que los servicios que los funcionarios de carrera prestaron en el pasado como funcionarios interinos resultaron nuevamente computables a los efectos de determinar la antigüedad en los concursos para la provisión de puestos de trabajo, tal y como se había reconocido expresamente en el Decreto 78/1991, de 9 de abril, en concordancia con la normativa estatal y de las Comunidades Autónomas en la materia, anterior y posterior a dicho Decreto.

Frente a dicha modificación interpuso recurso contencioso-administrativo el Sindicato Libre de Funcionarios de Carrera de la Junta de Andalucía (núm. 168/2005), de que conoció la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Granada, figurando como parte demandada la Consejería de Justicia y Administración Pública. Dando respuesta al referido recurso, la Sala dictó la sentencia 370/2006, anulando la nueva redacción dada al artículo 54.2 del Reglamento y declarando subsistente la redacción originaria. En efecto, la sentencia estima el recurso frente a la modificación del Decreto 2/2002 *«respecto a la nueva dicción dada a los puntos 1.2 y 2 del art. 54; y consecuentemente, se revoca el acto administrativo impugnado por no ser ajustado a Derecho, debiendo mantenerse la redacción existente con anterioridad al Decreto impugnado»*.

En la fundamentación jurídica de dicha sentencia, la Sala señala que ya se ha manifestado en pronunciamientos anteriores sobre el fondo de la cuestión, *«determinando que se vulneran los arts. 23.2 y 14 CE cuando se computan como antigüedad en un concurso de méritos los servicios prestados con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario»*. Según la sentencia, el cómputo de los servicios de los funcionarios interinos *«sólo puede efectuarse a efectos económicos, en aplicación de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre; pero no puede ser tenido en cuenta en concurso de méritos, porque impondría un tratamiento discriminatorio entre los funcionarios de carrera y los interinos, y porque contravendría la propia naturaleza de la situación de interinidad, exenta de permanencia y estabilidad»*.

Contra dicha sentencia formuló recurso de casación el sindicato Unión de Sindicatos de Trabajadores y Trabajadoras de Andalucía (USTEA), cuya pretensión principal es que se estime el motivo primero de los articulados en el recurso y se repongan las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia, y de modo subsidiario que se estime la concurrencia de los motivos del recurso restantes y se case y anule la sentencia recurrida, declarándose ajustada a Derecho la redacción dada a los artículos 54.1.2 y 2 del Decreto 2/2002 en los términos concretados por el Decreto 584/2004. Entre los motivos de recurso se alega que la sentencia vulnera los artículos 23.2 y 14 de la Constitución porque era, precisamente, la redacción anterior del artículo 54 del Reglamento General de Ingreso la que los contrariaba, de manera que la nueva redacción del artículo 54.2 no hizo otra cosa que acomodar la figura de la antigüedad a la regulación que la propia Junta de Andalucía había venido manteniendo (Decreto 78/1991) y a las disposiciones estatales y autonómicas. El recurso se funda en el dictamen 310/2004 de este Consejo Consultivo, y cita expresamente las disposiciones estatales, autonómicas y de régimen local que en él fueron examinadas para concluir que procedía el reconocimiento de servicios previos.

Mediante auto de 30 diciembre 2009, el Tribunal Supremo acuerda: *«Declarar sin contenido el recurso de casación nº 5394/2006, interpuesto por el sindicato USTEA contra la sentencia nº 370, dictada el 10 de julio de 2006, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada...»*

Se produjo así una situación ciertamente inusual y paradójica, como refleja el propio Tribunal Supremo en el referido auto de 2009 y en posteriores sentencias, al aludir a las circunstancias peculiares en que las que se vio obligado a resolver el recurso de casación (entre otras, SSTs de 26 de abril, 21 y 30 de junio, 27 de julio, 14 de septiembre y 18 de noviembre de 2010; dictadas, respectivamente, en los recursos de casación 2703/2007, 790/2007, 333/2007, 1257/2007, 2574/2007 y 5150/2007), al tener que declarar sin contenido los recursos de casación interpuestos "dado que había adquirido firmeza otra sentencia previa, siempre de la misma Sala y Sección, que había anulado ya esos preceptos". Además, añade el Tribunal Supremo, *«sucedió que la Junta de Andalucía había optado por ejecutar la sentencia en cuestión y por eso, se dio la singular circunstancia de que, pese a ser la autora del reglamento anulado y defender su plena legalidad, nos pidiera que desestimáramos el recurso de casación de USTEA»*.

En efecto, en el auto de 30 diciembre 2009 puede leerse que la letrada de la Junta de Andalucía se opuso al recurso, interesando su íntegra desestimación, y la "confirmación de la sentencia impugnada en lo que a la anulación de la modificación del artículo 54 del Decreto impugnado se refiere, debiendo mantenerse la redacción existente con anterioridad al Decreto impugnado". Según se desprende del auto referido, en su escrito de oposición al recurso, la letrada de la Junta de Andalucía recuerda con insistencia que ésta es la autora del Decreto cuyos preceptos han sido anulados y que ha dejado firme la sentencia e incluso ha

pedido su ejecución provisional "por razones de seguridad jurídica ante la necesidad de continuar los procedimientos cuya tramitación se había visto suspendida".

Por eso se indica en el auto que la letrada de la Junta de Andalucía "pide reiteradamente que confirmemos la sentencia, para ella firme", añadiendo que, de otro lado, la anulación de los mismos apartados del artículo 54 del Decreto 528/2004 por una sentencia que ha adquirido firmeza (según acredita el edicto publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 121, de 20 de junio de 2007), determina lo siguiente «*un eventual fallo estimatorio de este recurso de casación no removería ese pronunciamiento adoptado por la sentencia nº 376, también de 10 de julio de 2006 y de la misma Sección Primera de la Sala de Granada, que, es verdad, ha adquirido la fuerza de cosa juzgada que debe ser respetada. Y sucede que, en efecto, la declaración de nulidad del artículo 54.1.2 y 2 del Decreto 2/2002, en la redacción que le dio el Decreto 528/2004, ha comportado la expulsión del ordenamiento jurídico de esos preceptos. Como las normas jurídicas no pueden existir y no existir al mismo tiempo necesariamente dicha circunstancia, de general conocimiento por haber sido publicada, se proyecta sobre el presente proceso*».

Hemos transcrito los párrafos anteriores para subrayar que, en lo que respecta a la declaración de nulidad del artículo 54.1.2 y 2 del Decreto 2/2002, en la redacción dada por el Decreto 528/2004, el Tribunal Supremo no tuvo ocasión de pronunciarse porque la actitud procesal de la Administración de la Junta de Andalucía lo impidió, dado que dejó que alcanzara firmeza la sentencia dictada por la Sala de Granada en el recurso 168/2005, y en posteriores recursos de casación frente a sentencias dictadas por la misma Sala en el mismo sentido, solicitó la confirmación de la declaración de anulación contenida en las mismas y el mantenimiento de la redacción originaria del artículo 54. En definitiva, en este punto, el Tribunal Supremo no resolvió sobre la cuestión de fondo, ya que se vio obligado a "declarar sin contenido" dichos recursos de casación, sin que llegara a pronunciarse sobre los motivos de casación esgrimidos por USTEA y otros recurrentes alegando la doctrina sentada por este Consejo Consultivo en su dictamen 310/2004. Esta aclaración es importante, para despejar la duda que podría suscitar la afirmación de la Asesoría Jurídica de la Consejería consultante en el sentido de que "por parte del Tribunal Supremo se analizó la regulación existente sobre la materia y vino a declarar la legalidad de la redacción originaria contenida en el Decreto 2/2002".

La argumentación contenida en la sentencia 370/2006 de la Sala de Granada se reitera en sentencias de la misma Sala y Sección en relación con resoluciones de convocatorias de concurso de méritos, en cuyo baremo se contempla la puntuación por antigüedad, incluyendo los servicios previos (núms. 376/2006, de 10 julio; 505/2006, de 30 de octubre; 611/2006, de 4 de diciembre; 617/2006, de 4 de diciembre; 70/2007, de 12 febrero; 146/2007, de 19 de marzo; 46/2007, de 29 de enero; 175/2007, de 26 de marzo; 444/2007 de 2 julio; 495/2007, de 16 julio; 720/2007, de 22 de octubre; 783/2007, de 12 de noviembre; 840/2007, de 19 de noviembre; 892/2007, de 10 de diciembre; 174/2008, de 25 febrero; 1158/2008, de 7 julio; 548/2008, de 1 diciembre; 53/2010, de 11 octubre y 553/2010, de 11 octubre; 3655/2011, de 19 diciembre y 837/2013, de 4 marzo).

A dicha doctrina se han remitido también diferentes sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Sevilla (sentencias núms. 238/2009, de 18 febrero; 294/2009, de 26 febrero; 378/2009, de 5 marzo; 523/2009, de 24 marzo; 490/2009, de 25 marzo; 491/2009, de 25 marzo; 615/2009, de 21 septiembre; 821/2009, de 28 septiembre; 822/2009, de 28 septiembre; 672/2009, de 3 diciembre; 419/2010, de 8 abril y 878/2010, de 1 junio) y de la Sala con sede en Málaga (sentencia núm. 720/2010, de 22 febrero).

Posteriormente, como se indica en el expediente, fue dictada la sentencia de 4 de diciembre de 2006, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Granada (recurso contencioso-administrativo núm. 1366/2002), cuyo fallo estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Asamblea de Interinos de Sevilla y Federación de Asociaciones de Interinos de Andalucía (F.A.I.A.) contra el Decreto 2/2002 "para declarar la redacción dada tanto a la letra a) del apartado 2.2 del art. 54 del Decreto de que se trata, como a la letra b del propio apartado", y ello por considerar poco respetuoso con los principios de igualdad, mérito y capacidad realizar una valoración global del desempeño y no tener en cuenta la mayor o menor responsabilidad inherente al puesto de trabajo. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2010

estimó el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía frente a dicha sentencia del TSJA, aceptando el argumento de ésta en el sentido de que "siendo válida la diferente e inferior valoración entre desempeños provisionales y definitivos, la no distinción del nivel del puesto está dirigida a evitar resultados de valoraciones que arrojaran una puntuación excesivamente pequeña". En definitiva, como indica la Asesoría Jurídica de la Consejería consultante, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el reconocimiento de servicios previos a efectos de antigüedad, que es la cuestión que ahora centra nuestra atención.

IV

Los antecedentes que se acaban de exponer justifican la situación de los funcionarios y responsables de la Administración de la Junta de Andalucía.

No es ocioso destacar que la problemática en este plano es mucho más rica y compleja que la que se aborda en este dictamen, que se ciñe a las cuestiones relacionadas con el cómputo de los servicios previos en la antigüedad, y en esta dirección hay que subrayar que la doctrina sentada en el dictamen 310/2004 es congruente con que este Consejo Consultivo había mantenido anteriormente en sus dictámenes 15/1996, 1/2000 y 179/2001, cuyas consideraciones se dan por reproducidas, subrayando que el concepto de mérito sobre el que se articulan los sistemas de selección y provisión de puestos de trabajo, por exigencia constitucional, no es algo maleable y volátil, que quede al socaire de pactos y decisiones oportunistas. Por el contrario, cuando nuestra Carta Magna se remite a los principios de "mérito y capacidad" (art. 103.3) no lo hace a una entelequia, sino que se refiere a un sustrato objetivo que opera sobre conceptos elaborados y con un significado cabal –aunque no matemático–, suministrados por la conciencia social y reconocibles como tales, pues de otra manera el derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución, necesariamente ligado a los principios de mérito y capacidad, se convertiría en papel mojado.

Precisamente por ello, en los referidos dictámenes, al analizar la regulación reglamentaria del mérito "antigüedad", el Consejo Consultivo parte del significado histórico de ese concepto, y constata que ni el legislador básico, ni el legislador andaluz han establecido un concepto restrictivo de la antigüedad. Si la antigüedad es sólo antigüedad en las leyes reguladoras de los sistemas funcionariales de provisión de puestos de trabajo (exactamente igual que en el Derecho Laboral), es obligado someter la singular regulación del Reglamento aprobado por el Decreto 2/2002 a un test de razonabilidad, para concluir, como concluyó el Consejo Consultivo en 2004, que no existe una fundamentación objetiva para la preterición de los servicios previos, cuyo cómputo como antigüedad se acepta en la generalidad de las Administraciones Públicas en España y pertenece al acervo común en materia de Función Pública, siendo notoriamente errónea la consideración de que dichos servicios previos sólo pueden considerarse a efectos económicos.

Con esta introducción, pasamos a analizar las tesis contrapuestas que se han mantenido y se siguen manteniendo a partir de la constatación de la naturaleza de la relación de interinidad y el diferente procedimiento de acceso a la condición de interino y la de funcionario, algo que consideramos obvio e indiscutible, pero que a juicio de este Consejo Consultivo no justifica que la antigüedad en los concurso de méritos en la Comunidad Autónoma de Andalucía se aparte del común entendimiento de este concepto en el Derecho de la Función Pública en España y en el Derecho Laboral

1. Dos posturas que aparecen de forma contradictoria.

La lectura de los dos fundamentos jurídicos precedentes, permite apreciar, *prima facie*, que el Consejo Consultivo de Andalucía y el TSJA mantienen dos interpretaciones diametralmente opuestas en relación con la exclusión de los servicios previos del cómputo de la antigüedad.

Recapitulando lo hasta ahora expuesto, por un lado tenemos que el Consejo Consultivo ha venido señalando que la eliminación de los servicios previos del cómputo de la antigüedad ha supuesto una discriminación contraria a los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, y claramente lesiva del derecho de los afectados a la progresión en la carrera funcional. En tal sentido, en el dictamen 310/2004, advirtió al Consejo de Gobierno de la necesidad de restablecer los principios constitucionales conculcados, retornando al reconocimiento de tales

servicios, tal y como había sido expresamente proclamado hace casi un cuarto de siglo, en el Decreto 78/1991, en desarrollo de la Ley 6/1985, y ello en concordancia con la normativa básica, así como con la normativa reglamentaria dictada por el Estado y la aprobada por la generalidad de las Administraciones Públicas en España.

Subrayamos nuevamente que así resulta del análisis realizado por este Órgano Consultivo en dicho dictamen, comparando la regulación del Decreto 2/2002 con la de las restantes Comunidades Autónomas y con el Reglamento aprobado por el Real Decreto 364/1995 (en el mismo sentido que los anteriores Reglamentos aprobados por el Real Decreto 2617/1985 y por el Real Decreto 28/1990), en el que dispone que la antigüedad se valorará por años de servicios, *"computándose a estos efectos los reconocidos que se hubieren prestado con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario de carrera"* [art. 44.1.e)].

Por su parte, el TSJA ha reiterado en numerosas sentencias:

- Que el cómputo de los servicios de los funcionarios interinos *«sólo puede efectuarse a efectos económicos, en aplicación de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre»*

- Que los servicios previos no pueden ser tenidos en cuenta en los concursos de méritos, porque dicha solución *«impondría un tratamiento discriminatorio entre los funcionarios de carrera y los interinos, y porque contravendría la propia naturaleza de la situación de interinidad»*.

El análisis de esas conclusiones pasa por el examen de la jurisprudencia y del TJUE (una perspectiva que ha permanecido en el olvido, pese a que se debió haber considerado desde 2007). Ese análisis lleva a reflexionar sobre la urgente necesidad de zanjar esta controversia, valorando incluso la posibilidad de que el legislador andaluz adopte una solución que permita dirimir un conflicto que ha llevado a la parálisis de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo vacantes en la Administración de la Junta de Andalucía.

2. Proyección del artículo 23.2 de la Constitución Española sobre los concursos de méritos.

En relación con la virtualidad del artículo 23.2 de la Constitución Española en los sistemas de provisión de puestos de trabajo, la sentencia del Tribunal Constitucional 30/2008, de 25 de febrero (FJ 5), recuerda que la jurisprudencia constitucional ha reiterado lo siguiente sobre el alcance del referido derecho fundamental:

«...actúa no sólo en el momento del acceso a la función pública, sino también durante la vigencia de la relación funcional y, por tanto, es aplicable a los actos relativos a la provisión de puestos de trabajo (SSTC 75/1983,15/1988 y 47/1989). Sin embargo, es diferente el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 192/1991, 200/1991 y 365/1993, de 13 de diciembre, FJ 7)».

En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 126/2008, de 27 de octubre (FJ 3), recuerda que *«el art. 23.2 CE consagra un derecho de configuración legal, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminedar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE), los cuales sólo pueden preservarse y establecerse mediante la intervención positiva del legislador (por todas, STC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 6)»*.

3. Inseguridad jurídica y menoscabo de la carrera funcional.

Los argumentos que se esgrimen para negar que puedan valorarse los servicios previos serán analizados seguidamente, no sin antes realizar varias consideraciones, subrayando, como se hace en el dictamen 310/2004, que no se trata de un debate teórico, ni de una polémica doctrinal, sino de una cuestión de suma trascendencia para la carrera funcional y el plan de vida de miles de funcionarios.

En tal sentido, el dictamen destaca que la integración de los funcionarios en una organización administrativa bajo un sistema de carrera administrativa lleva consigo unas concretas exigencias, que indudablemente condicionan las diferentes opciones normativas que pueden adoptar las Comunidades Autónomas a partir de las bases que haya concretado el Estado al amparo del artículo 149.1.18.^a de la Constitución; limitaciones que también son referibles al legislador estatal, encargado de asegurar una sustancial igualdad de las condiciones de empleo del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

En este sentido, el dictamen recuerda -con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional 302/1993- la virtualidad de los principios de mérito y capacidad, consagrados en el artículo 103.3 de la Constitución, que concretan y articulan el genérico juicio de igualdad en esta materia previsto en el artículo 23.2, para precisar que *«nada permite al legislador estatal o autonómico transgredir los límites que la Constitución impone a su libertad de configuración normativa y menos cuando está en juego un derecho con rango de fundamental como es la igualdad de acceso de todos los ciudadanos a las funciones públicas»* (art. 23.2 de la Constitución, FJ 2; en el mismo sentido puede verse la STC 193/1987).

En este contexto, hace notar el Consejo Consultivo que no cabe subestimar la importancia del principio de seguridad jurídica en la configuración de los sistemas de provisión de puestos y promoción profesional, que exige dotarlos de estabilidad y permanencia, de manera que los empleados públicos puedan acomodar su conducta y planificar su carrera profesional en función de unas reglas y criterios preestablecidos que permitan conocer las consecuencias jurídicas de las legítimas opciones que en cada momento hayan podido adoptar al amparo de la normativa vigente.

En los procedimientos para la provisión de puestos o promoción profesional, sin una justificación suficiente, puede resultar contraria a la Constitución por lesionar el principio constitucional de seguridad jurídica, sobre todo cuando tales modificaciones no van acompañadas de normas de transición e inciden sobre servicios prestados u otros méritos contraídos durante un largo período de tiempo y bajo premisas jurídicamente inobjectables. Lo anterior, precisa dicho dictamen, se afirma también desde la convicción que se tiene en el sentido de considerar que el concepto de mérito depende de las convicciones sociales dominantes en cada momento histórico, que en esta materia no suelen ser vertiginosamente fluctuantes, sino razonablemente estables y sujetas a cambios pausados. Todo lo cual no impide, respetando la suficiente predeterminación normativa a la que seguidamente nos referiremos, la introducción de modificaciones, dentro del margen de libre apreciación que corresponde a las normas legales y a las disposiciones reglamentarias que las complementan, que podrán venir motivadas por diferentes estimaciones, dentro de un principio de proporcionalidad, o por el deseo de corregir disfunciones observadas por la experiencia que proporciona la puesta en práctica de cada uno de los sistemas diseñados.

Dicho lo anterior, pasamos a analizar, desde la doble perspectiva indicada, los argumentos que mantiene el TSJA para concluir que la antigüedad, como mérito computable en los concursos, no puede incluir los servicios previos.

4. ¿Los servicios previos no pueden ser tenidos en cuenta en los concursos de méritos, porque dicha solución «impondría un tratamiento discriminatorio entre los funcionarios de carrera y los interinos, y porque contravendría la propia naturaleza de la situación de interinidad»?

El argumento, así expresado, encierra una afirmación apodíctica, ya que lo que se viene a señalar es que el artículo 54.2 del Reglamento aprobado por el Decreto 2/2002, en la redacción dada por el Decreto 528/2004, introduce una discriminación contraria a los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, sin que se explique razonadamente por qué lleva a dicha conclusión la aplicación en Andalucía de una norma que, en lo que a la valoración de los servicios previos se refiere, es idéntica a la prevista para los concursos de méritos en la

Administración del Estado y en las restantes Administraciones Públicas, sin que éstas hayan sido anuladas, ni se encuentren sometidas a una tacha de inconstitucionalidad.

4.1. ¿El cómputo de los servicios de los funcionarios interinos *«sólo puede efectuarse a efectos económicos, en aplicación de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre»*?

Creemos que esta afirmación, reiterada en las sentencias del TSJA, incurre en un error. Una cosa es que la Ley 70/1978, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, establezca una regulación encaminada al reconocimiento del derecho de los funcionarios a percibir el importe de los trienios correspondientes, un derecho individual de naturaleza económica que se extiende al reconocimiento de los servicios previos a su ingreso en los correspondientes Cuerpos o Escalas, y otra bien diferente es que de tal regulación se extraiga una norma prohibitiva, en el sentido del cómputo de los servicios de los funcionarios interinos *«sólo puede efectuarse a efectos económicos, en aplicación de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre»*. Entre otras sentencias más recientes puede verse la dictada por la Sala de Granada con núm. 997/2012, de 20 febrero, en relación con el recurso contencioso-administrativo frente a la Orden de 6 de noviembre de 2007 por la que se convoca el primer acceso para el ingreso en el Cuerpo de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía (A.6). En ella se insiste en que *«el cómputo de tales servicios anteriores de los funcionarios interinos, sólo puede efectuarse a efectos económicos, en aplicación de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre; pero no puede ser tenido en cuenta en concurso de méritos, porque impondría un tratamiento discriminatorio entre los funcionarios de carrera y los interinos, y porque contravendría la propia naturaleza de la situación de interinidad, exenta de permanencia y estabilidad»*.

Si la conclusión que se reitera en las sentencias del TSJA analizadas fuese válida, serían ilegales las normas que el Estado y las Comunidades Autónomas han dictado en la materia, al reconocer la antigüedad como mérito en los sistemas de provisión de puestos de trabajo e incluir a tales efectos los servicios previos, con remisión en muchos casos a la propia Ley 70/1978, cuyo artículo primero acota la noción de servicios previos efectivos prestados en las Administraciones Públicas. En este sentido, bastará con remontarnos a antecedentes ya lejanos en el tiempo, y en concreto al Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y de Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración del Estado aprobado por el Real Decreto 2617/1985, cuyo artículo 19 (inserto en la regulación de la provisión de puestos de trabajo mediante concurso) establece que se han de computar en la antigüedad *«los servicios prestados con carácter previo al ingreso en el Cuerpo o Escala, reconocidos al amparo de lo dispuesto en la Ley 70/1978, de 26 de diciembre»*. En este mismo sentido nos remitimos a lo dispuesto en el Reglamento aprobado por Real Decreto 28/1990) y al vigente Reglamento, aprobado por Real Decreto 364/1995, anteriormente referidos, y a las disposiciones autonómicas y locales que se citan en el dictamen 310/2004.

En suma, la restricción que extrae el TSJA de la Ley 70/1978, viene desmentida por la regulación efectuada por el Estado desde hace casi treinta años, en desarrollo de la norma básica contenida en la Ley 30/1984, y por la efectuada por la generalidad de las Administraciones Públicas (con puntuales excepciones sectoriales).

4.2. ¿La antigüedad como interino ya fue valorada en el concurso-oposición de acceso a la condición de funcionario de carrera? Una premisa en muchos casos discordante con la realidad.

Comenzamos analizando esa supuesta posición de ventaja en el acceso a la condición de funcionario y si la misma lleva consigo la prohibición del cómputo de los servicios previos en la antigüedad que los aspirantes acrediten en concursos para la provisión de puestos de trabajo.

4.2.A). Eliminación de la antigüedad a modo de compensación por la supuesta ventaja concedida en las pruebas de acceso.

Repasando la fundamentación jurídica de las sentencias del TSJA que vienen a prohibir la valoración en la antigüedad de los servicios previos, en la que el Tribunal actúa como una suerte de reglamentador negativo, apreciamos que la motivación que en ocasiones

incorporan dichas sentencias, indicada «a mayor abundamiento», ha operado como argumento principal en orden a sostener la inconstitucionalidad de la norma; motivación de la que se desprende que el TSJA ha considerado de un modo u otro que el personal interino accedió su condición de funcionario a través de un procedimiento en el que se le atribuyó una posición de ventaja y sin las garantías propias del sistema de oposición. Un procedimiento en que ya fueron valorados los servicios previos, según el TSJA, y que no podría ser objeto de nueva valoración o no deberían serlo en igual medida que los servicios prestados como funcionario de carrera. Así, nos remitimos a las siguientes sentencias:

- De la Sala de Granada: «...la puntuación de la antigüedad a los que previamente fueron interinos, en lo que se refiere al tiempo de duración de dicha interinidad, nunca podrá ser igual o superior que la puntuación que, por el mismo concepto, se otorgue a los funcionarios de carrera, pues, de lo contrario, se colocaría a los interinos en una posición de prevalencia respecto del resto de funcionarios que ingresaron en la carrera administrativa a través de la superación de la correspondiente oposición.

»Si se analizan las bases de la convocatoria impugnada -base cuarta, 1 a)-, se infiere con claridad que se computan, por un lado, los servicios prestados como interinos, y por otro, el trabajo desarrollado y la experiencia profesional. Resulta así que, además de haber obtenido mejor puntuación en la oposición en la que obtuvieron la condición de funcionarios de carrera, ahora pueden invocar nuevamente su total antigüedad como mérito en el concurso convocado. La vulneración del principio de igualdad en el acceso a la función pública, consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución, deviene clara y terminante. No es posible ignorar, además, que en la función pública aparece totalmente proscrita la posibilidad de regular las condiciones de acceso a la función pública o del desarrollo de la carrera funcional en términos concretos e individualizados, que equivalgan a una verdadera acepción de personas» (sentencias de la Sala de Granada núm. 1437/2000, de 30 de octubre, 1542/2000, de 20 noviembre, y 376/2006 de 10 julio).

Efectivamente, en la sentencia de la Sala de Granada 548/2008, de 1 de diciembre, se aprecia dicha justificación, pues se remite a su sentencia de 10 de julio de 2006, «y ello en correlación con lo decidido al considerar determinante el contenido de la sentencia de este órgano de 30 de octubre de 2.000, que recogiendo doctrina de las sentencias del mismo de 4 de octubre de 1999 y de 29 de febrero de 2000, vino a establecer en relación a la base de la convocatoria de... computar a efectos de valoración por antigüedad los servicios que se hubieran prestado con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario de carrera, la vulneración clara y terminante del principio de igualdad consagrado en el artículo 23.2 de la C.E., por cuanto que...los interinos además de haber obtenido mejor puntuación en la oposición en la que obtuvieron la condición de funcionarios de carrera, ahora pueden invocar nuevamente su total antigüedad como mérito en el concurso -de provisión de puestos-convocado...»

- De la Sala de Sevilla: «a lo que debemos añadir, que la antigüedad como interino ya fue valorada en el concurso-oposición de acceso a la condición de funcionario de carrera, por lo que supondría valorar doblemente éste mérito en detrimento del funcionario de carrera, con clara vulneración del art 23 de la Constitución» (SS núm. 1354/2011, de 1 diciembre; 1424/2011, de 14 diciembre; 191/2012, de 15 febrero; 505/2012, de 8 mayo y 415/2014 de 3 abril).

Se describe así una situación no muy diferente de la que se ha producido en otras Comunidades Autónomas en el proceso de reclutamiento de sus funcionarios públicos, muy ligado al proceso de descentralización de transferencias, y en el que por diversas circunstancias se han dado interinidades de larga duración que ha finalizado en proceso de consolidación de empleo a través de concursos-oposición, con reconocimiento de los servicios previos prestados por los aspirantes.

4.2.B). Subvertir el concepto antigüedad en los concursos de méritos, borrando del historial profesional de los interesados en los períodos de tiempo que fueron puntuados, en los concursos-oposición de acceso a la función pública, carece de justificación.

Como se ha visto, el fundamento expresado en las sentencias del TSJA analizadas viene a señalar que no es posible computar en un concurso de méritos servicios previos que ya fueron computados en un concurso-oposición a los mismos aspirantes.

Como se indica en el dictamen 310/2004 en relación con la valoración del trabajo desarrollado, en este caso es claro que la consideración de los servicios a los efectos de la antigüedad, no sólo no es arbitraria, sino que responde al principio de mérito, según lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La antigüedad considerada con ese alcance no puede ser considerada discriminatoria, siendo apta para ser valorada en la provisión de puestos de trabajo, sin que se produzca con ello ruptura del principio de igualdad; conclusión que no puede ser cuestionada arrojando una duda generalizada sobre procedimientos de acceso culminados hace muchos años, en los que los servicios prestados en interinidad pudieron ser objeto de valoración (o no), superando el test de constitucionalidad. A la consideración de la antigüedad en los concursos de méritos, sin excluir la adquirida como funcionario interino, no lo serían oponibles circunstancias que acontecieron hace muchos años y que podrían afectar a determinados concursantes, por haber adquirido la condición de interino sin las suficientes garantías procedimentales (como por ejemplo falta de publicidad), que no fueron hechas valer en su momento, y que en cualquier caso no se pueden proyectar sobre todo el colectivo de interinos.

Algo similar expresó este Consejo Consultivo en su dictamen 310/2004, en relación con la problemática planteada sobre la valoración del desempeño de puestos al amparo de los artículos 29 y 30 de la Ley 6/1985. En efecto, se dijo en aquella ocasión que no desconocía este Órgano el trasfondo de la diferente valoración que se proponía y el peso que en ella podían tener distintos pronunciamientos del TSJA y, especialmente, el contenido en la sentencia de 8 de julio de 1995, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Sevilla, recaída en recurso interpuesto contra la Orden de la Consejería de Gobernación de 28 de junio de 1994, por la que se convocaba concurso de méritos para la provisión de puestos de trabajo vacantes en la Consejería de Medio Ambiente y en la Agencia de Medio Ambiente. La expresada resolución jurisdiccional anuló la Orden objeto del recurso.

Ciñéndose en esa ocasión a los nombramientos efectuados al socaire del artículo 30, y después de referir el mínimo procedimiento que se sigue para ello (de acuerdo con lo previsto en Acuerdo suscrito por la Administración y las Organizaciones Sindicales y aprobado por el Consejo de Gobierno el 13 de noviembre de 1990, y en la Circular de la Secretaría General para la Administración Pública de 2 de enero de 1991), la sentencia cita el informe del Defensor del Pueblo Andaluz sobre los procedimientos de selección y provisión de puestos de trabajo en la Administración de la Junta de Andalucía, en el que se revela que únicamente se exige al funcionario una titulación académica bastante para el acceso al Grupo al que se encuentra adscrito el puesto, pero en ningún caso se impone el cumplimiento de los requisitos funcionales del puesto. De ello deriva el Tribunal que en el acceso a los puestos a través del repetido artículo 30 no se están respetando los principios constitucionales de publicidad, mérito y capacidad. Si a ello se unen -sigue razonando la sentencia- las consecuencias que se desprenden de ese hecho, como es que la experiencia profesional adquirida por el desempeño provisional de ese puesto de trabajo obtenido de modo provisional viene siendo puntuada en los concursos de méritos convocados, se concluye que la Orden impugnada en el procedimiento vulnera el artículo 23.2 de la Constitución, no sólo porque la experiencia demandada únicamente podrá obtenerse por el desempeño del puesto, sino también porque la puntuación otorgada por ese factor veda la obtención del puesto por quien no ha tenido oportunidad de promoción por la vía excepcional del nombramiento provisional. Sobre la base de tales razonamientos y al comprobar que la Orden de convocatoria aplica el baremo establecido dicha sentencia concluye que ésta incurre en infracción de los límites que la jurisprudencia constitucional impone en interpretación del artículo 23.2 de la Constitución, por prescindir de los principios constitucionales de publicidad, mérito y capacidad, y regular condiciones de ocupación de los puestos que suponen acepción de personas.

El Consejo Consultivo objetó por ello el trato desigualitario que se postulaba, al comprobar que "un sector del personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma aparece englobado en una presunción de irregularidad en cuanto al desempeño de su puesto de trabajo (desempeño que, en sí mismo considerado, puede, sin embargo, considerarse normal)". Por ello criticó que la norma examinada relegara al conjunto del personal que

alega servicios prestados con carácter provisional, de acuerdo con los artículos 29 y 30 de la Ley 6/1985. Y si dicha presunción no es sostenible en Derecho y menos aún puede ser fundamento de una norma que ha de ser concebida en un plano de abstracción y generalidad, el Consejo Consultivo, al verificar que a la distinta valoración del trabajo desarrollado (su estimación varía en función del procedimiento de cobertura y no de las tareas desempeñadas) se sumó la paralela exclusión de los servicios previos en el cómputo de antigüedad, ello motivó que se instara al Consejo de Gobierno a modificar la redacción de la norma proyectada en 2004, para adecuarla a la prohibición de discriminación y la observancia del principio de mérito que deriva de los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución Española.

Por otra parte, en cuanto a las menciones que las sentencias de la Sala de Granada y Sevilla realizan a la ventaja concedida al personal interino en los concursos-oposición de acceso a la condición de funcionario, hay que subrayar que ha sido constante la doctrina de este Consejo Consultivo sobre dichos procedimientos, velando por la preservación de derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución. En este sentido, este Órgano ha afirmado que los principios constitucionales de igualdad en el acceso a las funciones públicas, mérito y capacidad, exigen que los puestos iguales estén sometidos a pruebas selectivas comunes, y que aunque el Tribunal Constitucional ha admitido en alguna ocasión la posibilidad del establecimiento de pruebas específicas para consolidar situaciones precarias preexistentes, viene precisando desde la sentencia 27/1991, de 14 de febrero, lo siguiente:

«...la previsión legal de pruebas específicas para consolidar una situación precaria no puede ser entendida, a la luz de los arts. 23.2 y 103.3 C.E., como autorización a la Administración para establecer o regular estas pruebas sin respetar los conceptos de mérito y capacidad, requisitos constitucionales que no impiden el reconocimiento o evaluación del mérito consistente en el tiempo efectivo de servicios, pero que en ningún caso puede convertir a ese tiempo efectivo de servicios en título de legitimación exclusivo que permita el acceso a una función pública de carácter permanente, al tener que respetarse en todo caso, también para los interinos y contratados, los principios constitucionales de mérito y capacidad» (FJ 5.A).

Así, en el dictamen 137/1997, este Consejo Consultivo advierte que la excepción referida *«debe entenderse a la luz de lo declarado por el propio Tribunal Constitucional, pues, tanto en el caso resuelto por la indicada sentencia 27/1991, como en el enjuiciado en la sentencia 302/1993, de 21 de octubre, las medidas previstas respondían a supuestos de carácter transitorio y excepcional, adoptadas para resolver una situación singular y derivada de un proceso único e irrepetible de creación de una nueva forma de organización de las Administraciones Públicas a nivel autonómico que dio lugar a la necesidad inmediata de adscribir a personal en régimen de Derecho administrativo»*. En este plano, subraya el Consejo Consultivo que según *«el intérprete supremo de la Constitución que esta situación transitoria y excepcional sólo puede coexistir con el sistema común de convocatoria libre "por una sola vez", debiendo utilizarse, en lo sucesivo, este último sistema a fin de permitir el libre acceso a la Administración de quienes no mantienen con ella relación alguna»* (SSTC 27/1991, FJ 5.C y 302/1993, FJ 2).

En esa línea, el dictamen 137/1997 hace notar que se aprecia una línea jurisprudencial *«muy definida contraria a las pruebas restringidas, en las que se conceden ventajas y privilegios y se restringe la competencia externa, las cuales, como regla general, no podrán ser empleadas por las Administraciones Públicas para la selección de su personal, funcionario o laboral, ya que el principio de igualdad en el acceso a la función pública supone una limitación fundamental a su práctica, y aun en el caso de que el legislador las hubiera previsto para casos singulares, debe ser verdaderamente excepcional y objeto de interpretación restrictiva»*.

Al mismo tiempo el dictamen destaca que dicha jurisprudencia *“debe entenderse, naturalmente, sin perjuicio de que, como también ha reiterado la jurisprudencia constitucional, los servicios prestados a la Administración puedan ser objeto de valoración, pues su consideración no es ajena a los conceptos de mérito y capacidad, ya que 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. En tales términos se manifiestan, entre otras, las sentencias 67/1989, de 18 de abril (FJ 5), 151/1992, de 19 de octubre (FJ 3), 4/1993, de 14 de enero*

(FJ 2) y 60/1994, de 28 de febrero (FJ 4), en las que se precisa que el problema puede venir dado cuando en la convocatoria y en la valoración de los méritos se consiga el efecto práctico de restricción de la competencia "externa" que perseguía la realización de pruebas restringidas para el acceso a la función pública".

En el supuesto analizado, sigue el referido dictamen exponiendo que no cabría hablar ya, por el tiempo transcurrido, de un supuesto de excepcionalidad como el recogido en la sentencia 27/1991, ni la solución prevista en la norma (el establecimiento de pruebas selectivas distintas: oposición, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 del Decreto 214/1997, y concurso-oposición, según la disposición transitoria cuarta del Anteproyecto de Ley por la que se aprueban medidas en Materia Tributaria, Presupuestaria, de Empresas de la Junta de Andalucía y otras Entidades, de Recaudación, de Contratación, de Función Pública y de Fianzas de Arrendamientos y Suministros) concuerda con el principio que rige el acceso a plazas que, objetivamente consideradas, resultan idénticas en cuanto al Cuerpo de pertenencia y la naturaleza de las funciones a desarrollar, sin que aparezca una justificación de esa situación excepcional desde el punto de vista constitucional.

Indicando que cuando el Tribunal Constitucional habla de una situación excepcional, justificada y utilizable por una sola vez, parece referirse no a una valoración ordinaria de los servicios previos como mérito, sino a una particularmente intensa valoración de los servicios prestados en régimen de interinidad, el dictamen concluye que en ese caso, "la justificación no podría deducirse exclusivamente del hecho de que la convocatoria vaya dirigida especialmente a personal que viene desempeñando sus funciones de forma interina en el seno de la Administración de la Junta de Andalucía, pues con ese solo fundamento no cabría hablar ya, por el tiempo transcurrido, de un supuesto de excepcionalidad como el recogido en la sentencia 27/1991, teniendo en cuenta además que a lo largo de ese tiempo se han celebrado varias convocatorias de pruebas selectivas para el acceso a la condición de funcionario de la Administración de la Junta de Andalucía, en las que se han valorado los servicios prestados mediante una relación jurídico-administrativa no permanente con tal Administración. La excepcionalidad tal vez podría verse en este supuesto en la larga prolongación en el tiempo de la situación en interinidad de un contingente importante de funcionarios, procedentes en su mayoría de los momentos iniciales de la implantación de la Administración autonómica, y con respecto al cual no ha podido adoptarse hasta el momento ninguna medida que pueda considerarse excepcional, sin que pueda interpretarse como tal la valoración ordinaria de los méritos de dichos funcionarios en las convocatorias de pruebas selectivas mencionadas".

Descendiendo a detalle, el dictamen advierte que, en todo caso, "convocatoria ordinaria", o "convocatoria excepcional", la valoración de los servicios previos debe ajustarse a los principios de proporcionalidad y adecuación, de manera que no se vea vulnerado el principio de capacidad y mérito. En este caso concreto, esa proporcionalidad y adecuación, a la vista del baremo que figura como Anexo al Proyecto de Ley, entiende este Consejo que no está dentro de los "límites tolerables", en expresión del Tribunal Constitucional, sin que ello signifique que no sea posible en atención a la antedicha excepcionalidad, que la valoración resultante de los servicios previos de los interinos supere los niveles admisibles para convocatorias ordinarias. Por ello, el Consejo Consultivo afirma que la norma examinada debe corregir el excesivo peso de la valoración de los servicios previos, y así evitar un vicio de constitucionalidad de la disposición transitoria.

Pese a tales advertencias la disposición legal se aprobó en unos términos incompatibles con la Constitución, por lo que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 27/2012, de 1 de marzo, declara que el apartado primero de la disposición transitoria cuarta y el anexo, en la parte relativa a la valoración de los méritos en la fase de concurso, de la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1997, de 23 de diciembre, que aprueba medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros, *«vulneran el art. 23.2 CE, puesto que dispone una valoración desproporcionada del mérito relativo a la experiencia profesional sin que dicha desproporción, conforme la jurisprudencia antes señalada, pueda considerarse justificada»*. La misma sentencia declara que, «teniendo presente el tiempo trascurrido desde la interposición de la presente cuestión de inconstitucionalidad y su resolución, la declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada, no debe afectar a aquellos procesos selectivos que amparados en la misma, hayan finalizado mediante

resolución administrativa firme al tiempo de publicación de la presente Sentencia. De esta manera se garantiza el principio de la seguridad jurídica sin que se vea afectado el interés general».

Un ejemplo como el que se acaba de citar evidencia que tanto el Consejo Consultivo como el TSJA, empleando las respectivas potestades que les han sido encomendadas, han actuado en defensa del derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución, tratando de evitar la ruptura del principio de igualdad. Pero admitiendo que dicha ruptura puede haberse producido en determinados supuestos como el que se acaba de señalar, la cuestión es si el diseño de un sistema de provisión de puestos de trabajo ha de diseñarse abstractamente, seleccionando y ponderando factores objetivos de mérito, o puede concebirse para neutralizar supuestas situaciones de ventaja de quienes accedieron a la función pública mediante concursos-oposiciones, amparados por jurisprudencia del Tribunal Constitucional y con una valoración proporcionada u "ordinaria" de sus servicios previos (con excepciones puntuales como la vista), sin tacha de inconstitucionalidad ni vicios de procedimiento.

Aunque no puede negarse que se cometieron errores en el proceso de normalización de la Función Pública, y éste se dilató en el tiempo, como lo prueban las fechas de convocatoria de oposiciones y concursos (en parte por la notable litigiosidad generada por soluciones controvertidas para los ciudadanos que no mantenían ninguna relación de servicio con la Administración y legítimamente aspiraban a ingresar en la misma en condiciones de igualdad), en opinión de este Consejo Consultivo no corresponde al TSJA establecer una prohibición de valoración de los servicios previos en los concursos de méritos convocados por la Administración de la Junta de Andalucía; una norma de creación judicial que no se ha impuesto en ninguna otra Comunidad Autónoma con similares procesos de consolidación, y menos aún cuando el reequilibrio que las sentencias tratan de introducir, anulando la supuesta posición de ventaja que en el pasado se concedió a ciertos colectivos de interinos (no a todos como veremos a continuación), y ni siquiera se distingue entre la valoración "ordinaria" de los servicios previos como mérito reconocido por el Tribunal Constitucional, previa superación de pruebas de carácter eliminatorio, y la valoración "extraordinaria" que consintió dicho Tribunal en el proceso de formación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma.

Puede resultar extraño que a lo largo de todos estos años no se haya reparado en esta circunstancia, ni se haya puesto de manifiesto antes los órganos unipersonales y ante las Salas que se han ocupado de la cuestión. Nos remitimos a las sucesivas redacciones de la disposición transitoria sexta de la Ley 6/1985, cuyos avatares judiciales, damos por reproducidos y al Decreto 264/1989, de 27 de diciembre, así como a las correspondientes convocatorias. Resulta ilustrativa en este mismo punto la queja ante el Defensor del Pueblo Andaluz 1337/1988, en la que el colectivo de interinos afectados alegan sufrir discriminación frente a los interinos llamados transitorios y preautonómicos.

En suma, las sentencias del TSJA justifican la supresión de la antigüedad del personal interino; una cuestión que no es ni mucho menos anecdótica, pues la situación generada a raíz de la prohibición resultante de las sentencias puede haber truncado la carrera profesional de este colectivo, al que se ha calificado como privilegiado, cuando tras una interinidad de larga duración accedió a la condición de funcionario sin ventaja de ningún tipo, en contra de lo que se afirma en tales sentencias. La responsabilidad de lo sucedido no se puede achacar al TSJA, ya que al menos en parte corresponde a quienes no supieron explicitar la situación de partida.

V

Desde la óptica del Derecho de la Unión Europea, que es la que motiva los recientes pronunciamientos judiciales que se exponen en el escrito de consulta, puede afirmarse que la cuestión analizada debió abrirse a una nueva perspectiva jurídica en mérito a la eficacia directa de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Sin embargo, como se afirma en los dictámenes 452/2011, 26, 65, 408 y 776/2012, la problemática examinada en la sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010 (*Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres vs. Xunta de Galicia*, asuntos acumulados C-444 y C-456,

respectivamente), en relación la aplicación de dicha Directiva al personal interino de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, y la que anteriormente se abordó en la sentencia de 13 de septiembre de 2007 (asunto Del Cerro Alonso vs. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud) ponen de manifiesto que, hasta fechas recientes, ha pasado desapercibido en nuestro país el alcance de la cláusula 4 del referido Acuerdo marco.

Como se indica en dichos dictámenes, quizá la duda generada sobre si dicha cláusula resultaba de aplicación a los empleados de la Administración Pública explica que el poder legislativo y los órganos judiciales hayan advertido tardíamente en España el alcance de dicha cláusula 4, cuya violación supone una discriminación prohibida por el Derecho de la Unión. Efectivamente, dicha cláusula prescribe que no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas (apdo. 1), añadiendo que "*los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas*" (apdo. 4).

Lo cierto es, como señalan los citados dictámenes de este Consejo Consultivo, que las dudas generadas sobre el ámbito de aplicación de dicha Directiva y del Acuerdo Marco deberían haberse disipado antes. La propia sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010 se encarga de recordar que la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo Marco, se halla concebida de manera extensiva, ya que se refiere a los "trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro" (SS. Adeneler y otros, apartado 56; de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, Rec. p. I-3071, apartado 114, y de 24 de junio de 2010, Sorge, C-98/09, Rec. p. I-0000, apartado 30). A este respecto, el Tribunal de Justicia ha reiterado que tanto del tenor literal, como de la finalidad de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco se deduce que las disposiciones contenidas en ellos se aplican a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público (sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, Rec. p. I-6057, apartados 54 y 57; de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-53/04, Rec. p. I-7213, apartados 40 a 43, y Vassallo, C-180/04, Rec. p. I-7251, apartados 32 a 35, y Del Cerro Alonso, apartado 25). Por eso concluye que la definición, a efectos del Acuerdo marco del concepto de «trabajador con contrato de duración determinada», formulada en la cláusula 3, apartado 1, de dicho Acuerdo, engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan (sentencia Adeneler y otros, antes citada, apartado 56, y sentencia G.G. e I.T., apartado 40).

También es cierto que la Directiva 1999/70 entró en vigor el 10 de julio de 1999, y que, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 2, los Estados miembros debieron poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a lo más tardar el 10 de julio de 2001.

Los dictámenes 452/2011, 26, 65, 408 y 776/2012 se refieren a la discriminación producida en materia retributiva (ya que la legislación española vino consagrando un distinto régimen jurídico en la percepción de trienios, según se tratase de personal funcionario de carrera o funcionarios interinos), sólo remediada por la aplicación del artículo 25.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, a partir de su entrada en vigor.

Las sentencias del TJUE antes mencionadas reconocen que la cláusula 4 del Acuerdo Marco está dotada de efecto directo, al ser incondicional y lo suficientemente precisa para poder ser invocada frente al Estado por los particulares ante un juez nacional.

A la vista de dichas sentencias, es incuestionable la aplicación de la citada cláusula a los servicios prestados por funcionarios interinos de la Administración de la Junta de Andalucía. Es más, la sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2011, citada en el escrito de consulta, se refiere precisamente a la consideración de los servicios previos prestados por personal interino de la Administración de la Junta de Andalucía en un procedimiento de promoción interna para el ingreso en el Cuerpo General de Administrativos de la Junta de Andalucía

(asunto *Rosado Santana* vs. Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía). Lo declarado en dicha sentencia no admite lugar a dudas:

«La cláusula 4 de dicho Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a que los períodos de servicio cumplidos por un funcionario interino de una Administración Pública no sean tenidos en cuenta para el acceso de éste, que entre tanto ha tomado posesión como funcionario de carrera, a una promoción interna en la que sólo pueden participar los funcionarios de carrera, a menos que dicha exclusión esté justificada por razones objetivas, en el sentido del apartado 1 de dicha cláusula. El mero hecho de que el funcionario interino haya cumplido dichos períodos de servicio sobre la base de un contrato o de una relación de servicio de duración determinada no constituye tal razón objetiva».

Aunque la sentencia se refiera a un procedimiento de promoción interna, el Consejo Consultivo considera que las mismas razones llevan a concluir que la eliminación de los servicios previos del personal interino en los concursos de méritos constituye una discriminación prohibida por dicho Acuerdo Marco, del mismo modo que ya expuso en el dictamen 310/2004 (y en los dictámenes anteriores que en él se citan), que la supresión del cómputo de los servicios prestados en interinidad en los concursos de méritos suponía una ruptura del principio de igualdad, lesiva del derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución Española.

Resulta obvio que existen diferencias de régimen jurídico entre personal interino y personal funcionario de carrera, como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han señalado, y no sólo por el distinto régimen de acceso y permanencia en la Función Pública. Ahora bien, como señalan las referidas sentencias del TJUE la desigualdad de sólo puede estar justificada por la existencia de elementos precisos y concretos.

Pues bien, en un concurso de méritos no hay ningún elemento objetivo para postular una solución distinta de la que se ofrece en la sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2011 antes referida. Si la promoción interna tiene un significado cualitativamente superior a la provisión de puestos de trabajo, es claro que la primacía del Derecho de la Unión y la eficacia directa de la cláusula 4 del Acuerdo Marco deben desplegar todos sus efectos en los concursos de méritos donde los aspirantes aleguen servicios previos.

En la misma línea, hay que volver a subrayar la relevancia de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2012 (asuntos acumulados C-302/11 a C-305/11; *Rosanna Valenza y otras v. Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato*), a la que nos hemos referido en el fundamento jurídico II de este dictamen; sentencia que confirma que se opone a dicha cláusula, por no existir razón objetiva para ello, la exclusión del cómputo de servicios previos prestados en un organismo autónomo, a efectos de determinar la antigüedad, en el marco de un proceso de consolidación que permite adquirir una vinculación permanente con dicho organismo.

A las sentencias citadas debe unirse la dictada por el TJUE el 13 de marzo de 2014 (asunto C-190/13, *Ma³gorzata Nierodzik vs. Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zak³ad Opieki Zdrowotnej im. dr Stanis³awa Deresza w Choroszczy*), en cuyos apartados 37 y 38 se recuerda que el Tribunal de Justicia ya ha considerado que la mera naturaleza temporal del trabajo no puede constituir una razón objetiva para establecer una diferenciación de trato; diferencia que no puede justificarse por un criterio que se refiere a la duración misma de la relación laboral de manera general y abstracta.

Esto es lo que sucede en el supuesto objeto de consulta, de manera que las sentencias anteriores nos llevan a reafirmarnos en la doctrina sentada en el dictamen 310/2004, no sin antes indicar que la cláusula 4 del Acuerdo Marco expresa un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva (sentencias *Del Cerro Alonso*, apartado 38, e *Impact*, apartado 114). Quiere ello decir, que no se trata de una innovación que incorpore un nuevo canon de igualdad, distinto del que ya consideró el Consejo Consultivo en el referido dictamen a la luz de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, sino que responde a un principio básico en el Derecho de los países miembros y la Unión Europea.

VI

Con posterioridad a las sentencias del TJUE de 2011 y 2012 antes citadas, se han dictado las sentencias del TSJA que se han expuesto en los antecedentes de este dictamen, en las que se insiste en que existe una fundamentación objetiva para excluir el cómputo de los servicios previos en los concursos de méritos.

A ellas puede añadirse, entre las más recientes, la núm. 415/2014, de 3 abril, dictada por la Sala de Sevilla en el sentido siguiente:

"Esas razones y datos objetivos ya se exponen en la STS de 3 de septiembre de 2010, por el distinto nivel de exigencia en lo relativo a la publicidad y méritos valorables en uno y otro nombramiento, a lo que debemos añadir, que la antigüedad como interino ya fue valorada en el concurso-oposición de acceso a la condición de funcionario de carrera, por lo que supondría valorar doblemente éste mérito en detrimento del funcionario de carrera, con clara vulneración del art. 23 de la Constitución.

Por otra parte, la promoción interna está regulada en el Estatuto Básico, como un derecho de progresión de la carrera de los funcionarios, por lo que los requisitos y los méritos exigen que se posean en esa condición de funcionario de carrera.

Por último indicar que de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2010 no cabe deducir que en la misma se reconoce la antigüedad de los servicios previos reconocidos como interino, porque aunque estima el recurso y casa la sentencia del TSJA de Granada, lo hace por la falta de motivación y justificación de la declaración de ilegalidad del apartado b) del art. 31 del Decreto sobre el porcentaje de valoración por este apartado, pero por remisión al Baremo General que efectúa el art. 31, dicha antigüedad según el art. 54 solo es valorable en la condición de funcionario de carrera, no como interino".

El Consejo no puede compartir tales argumentos por las razones que ya se han expuesto prolijamente, en relación con los principios de igualdad de trato y de no discriminación abiertamente contradictoria con la que viene sosteniendo el TJUE y la propia Comisión Europea, que ha advertido a la Comunidad Autónoma de la posible apertura de un procedimiento formal de infracción.

En esta tesitura, el Consejo da respuesta a las cuestiones planteadas del siguiente modo:

PRIMERA. En principio, la obligación de todos los poderes públicos de dar cumplimiento a la citada cláusula 4 del Acuerdo Marco, debería llevar a una urgente modificación del Decreto 2/2002, en el sentido de incluir nuevamente los servicios previos en el cómputo de la antigüedad, antes de proceder a la convocatoria de nuevos concursos.

Algunas sentencias tienen un planteamiento contrario al que mantienen otros Tribunales Superiores de Justicia como el de Galicia (sentencia de 11 de febrero de 2015), teniendo presente «*la insoslayable primacía del Derecho comunitario*» y «*la tutela del derecho a la igualdad (art. 14 CE), así como del derecho al acceso en condiciones de igualdad en el acceso al empleo público (art. 23. 2 CE)*».

La interpretación del TJUE no deja lugar a dudas, e incorporando a la salvaguarda de la primacía del Derecho de la Unión y la eficacia directa de la cláusula 4 del Acuerdo Marco citada Directiva, justifica un diferente planteamiento del TSJA, a la luz de los más recientes pronunciamientos del TJUE. En este sentido, valgan los apartados 51, 52, y 53 de la sentencia de 8 de septiembre de 2011, para recordar la jurisprudencia constante del TJUE en el sentido siguiente:

«Cada uno de los Estados miembros destinatarios deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de la directiva, conforme al objetivo por ella perseguido (véanse las sentencias de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann, 14/83, Rec. p. 1891, apartado 15, e Impact, antes citada, apartado 40).

»La obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber, conforme al artículo 4 TUE, apartado 3, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales (sentencia Impact, antes citada, apartado 41).

»Efectivamente, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, en particular, asegurar la protección jurídica que se deriva para los justiciables de las disposiciones del Derecho de la Unión y garantizar su pleno efecto (sentencia Impact, antes citada, apartado 42).

»Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando no resulte posible interpretar y aplicar la normativa nacional conforme con las exigencias del Derecho de la Unión, los órganos jurisdiccionales nacionales y los órganos de la Administración están obligados a aplicar íntegramente el Derecho de la Unión y tutelar los derechos que éste concede a los particulares, y a abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición contraria del Derecho interno (véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de junio 1989, Costanzo, 103/88, Rec. p. 1839, apartado 33; de 11 de enero de 2007, ITC, C-208/05, Rec. p. I-181, apartados 68 y 69, y de 25 de noviembre de 2010, Fuß, C-429/09, Rec. p. I-12167, apartado 40)».

Vinculación que se desprende del apartado 1 del artículo 96 de la Constitución, en relación con el apartado 1 del artículo 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En efecto, las afirmaciones del TJUE conectan con la doctrina sentada hace medio siglo por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 15 de julio de 1964 (asunto *Costa vs. ENEL*), al señalar que "a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la Comunidad Económica Europea ha instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros...que se impone a los órganos jurisdiccionales".

De la jurisprudencia del TJUE se desprende que la cláusula 4 del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva es clara, precisa e incondicional. En efecto, la sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010 (apdo. 76) recuerda que: «Se desprende de reiterada jurisprudencia que, siempre que las disposiciones de una directiva resulten ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares podrán invocarlas frente al Estado, particularmente en su condición de empleador (en este sentido, véanse, en particular, las sentencias de 26 de febrero de 1986, *Marshall*, 152/84, Rec. p. 723, apartados 46 y 49; de 20 de marzo de 2003, *Kutz-Bauer*, C-187/00, Rec. p. I-2741, apartados 69 y 71, e *Impact*, antes citada, apartado 57).»

Siendo así, es claro que dicha cláusula despliega toda su fuerza normativa, asociada a la primacía del Derecho de la Unión y a la eficacia vertical directa, que permite a los empleados públicos invocarla ante las Administraciones Públicas en las que prestan servicios y ante los poderes públicos que tienen la obligación de aplicarla. En esta dirección, la sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010 antes referida, declara que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco es incondicional y suficientemente precisa para poder ser invocada frente al Estado por funcionarios interinos ante un tribunal nacional.

Asimismo, este Consejo Consultivo debe subrayar, siguiendo lo expuesto en los apartados 72 y 73 de la misma sentencia, la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber, conforme al artículo 4 TFUE, apartado 3, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, que se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales (apdo. 72).

En situaciones potenciales de conflicto, en primer lugar debe examinarse si es posible realizar una interpretación de la normativa nacional conforme con las exigencias del Derecho de la Unión, y si no es posible, tanto los órganos jurisdiccionales nacionales, como los órganos de la Administración están obligados a aplicarlo íntegramente y a tutelar los derechos que éste concede a los particulares, «así como abstenerse de aplicar, en su caso,

cualquier disposición contraria del Derecho interno (véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de junio de 1989, Costanzo, 103/88, Rec. p.1839, apartado 33, y de 14 de octubre de 2010, Fuß, C-243/09, Rec. p.I-0000, apartado 63).» [apdo. 73 de la sentencia de 22 de diciembre de 2010].

En este sentido, conviene recordar que la sentencia del Tribunal Constitucional 145/2012, de 2 de julio (FJ 5), precisa lo siguiente:

«...los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (véanse, entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartado 24; de 22 de junio de 2010, asunto Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10, Rec. p. I-5667, apartado 43; y de 5 de octubre de 2010, asunto Elchinov, C-173/09, apartado 31). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea [véanse las Sentencias de 17 de diciembre de 1970, asunto Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3; y de 16 de diciembre de 2008, asunto Michaniki (C-213/07, Rec. p. I-9999, apartados 5 y 51)]. Esta facultad de inaplicación se ha extendido también a las Administraciones públicas, incluidos los organismos reguladores (véanse las Sentencias de 22 de junio de 1989, asunto Costanzo, 103/88, Rec. p. 1839, apartados 30 a 33; y de 9 de septiembre de 2003, asunto CIF, C-198/01, Rec. p. I-8055, apartado 50).»

Quiere ello decir que la rectificación de la posición de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del TSJA en la materia objeto de este dictamen es obligada, incluso aunque no se produjera una modificación del Reglamento 2/2002, pero la seguridad jurídica demanda una pronta modificación normativa.

Si la opción fuese la modificación del Reglamento aprobado por el Decreto 2/2002 (que se desaconseja por ser más prudente y segura una modificación legal, como se indica en la siguiente respuesta); producida dicha modificación, sería de esperar que los órganos judiciales apreciaran un estado de duda y plantearan una cuestión prejudicial aun cuando el planteamiento de una cuestión prejudicial no es obligado como ha establecido la STC 212/2014; máxime tras haberse manifestado la Comisión Europea en el sentido de que la interpretación del TSJA es contraria a la Directiva referida. No obstante, conviene señalar, como hace la sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2011, que *«dentro del marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia»* (apdo. 31).

SEGUNDA. En cuanto a la iniciativa de “conciliación” referida en el escrito de consulta, no cabe en el sentido estricto del término, como un procedimiento formalizado en el que la Administración llama a la conciliación de posiciones, dada la posición constitucional de la Administración en relación con los órganos judiciales. No obstante, si se concibe como una puesta en común de la reflexiones sobre la cuestión a la que se refiere este dictamen, no existe inconveniente alguno, siempre que se parta del más exquisito respeto a la independencia judicial y se trate de una iniciativa simplemente destinada a poner en conocimiento la situación generada en el ámbito de la Función Pública de la Junta de Andalucía, suministrando datos que quizá no han sido puestos de manifiesto hasta el momento, así como a escuchar los argumentos de todas las partes concernidas.

Esta labor, podría ser de utilidad ante el eventual planteamiento de una cuestión prejudicial, pues, como recuerda el TJUE, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales facilitar al Tribunal de Justicia los elementos de hecho y de Derecho necesarios para que éste pueda responder de manera útil a las cuestiones que le hayan sido planteadas (sentencias de 14 septiembre de 1999 -Gruber, asunto C-249/97, apartado 19- y 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, apdo. 33).

TERCERA. Por las razones indicadas, es preferible una reforma legal a una reforma reglamentaria. De este modo se da respuesta a la tercera pregunta formulada, precisando que nada lo impide puesto que no existe una reserva de reglamento en nuestro ordenamiento y en este caso estamos hablando de la regulación de un derecho fundamental, sometido a reserva de ley, aunque ésta sea relativa. El reproche que en ocasiones se formula cuanto la ley ocupa un espacio normalmente destinado al desarrollo reglamentario, de que el legislador da lugar a la petrificación de soluciones que requieren atender a necesidades cambiantes, no podría realizarse en este caso, ya que, como hemos visto, no se trata de una cuestión mudable que deba someterse a los vaivenes del momento y lo deseable en todo sistema de provisión de puestos de trabajo es la estabilidad de los méritos a considerar, con una predeterminación legal suficiente, irrenunciable en todos aquellos aspectos de los derechos fundamentales de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución que no pueden quedar a expensas del desarrollo reglamentario.

En relación a lo que se indica en el escrito de consulta, podemos concluir lo siguiente:

CONCLUSIONES

En relación con la consulta facultativa formulada por la **Consejería de Hacienda y Administración Pública** sobre "la valoración del mérito de la antigüedad en los concursos para provisión de puestos de trabajo de personal funcionario de la Administración General de la Junta de Andalucía y la controversia jurídica existente al respecto", se formulan las siguientes conclusiones:

PRIMERA. La obligación de la Comunidad Autónoma de ajustarse a la cláusula 4 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, que figura en anexo a la Directiva 1999/70/C podría satisfacerse, en principio, mediante la modificación del Decreto 2/2002, en el sentido planteado por el escrito de consulta. No obstante, se desaconseja esta opción a la vista de las sentencias recientes del TSJA que reiteran la postura que justificó la anulación de la modificación que la Comunidad Autónoma trató de introducir en dicho Decreto por medio del Decreto 528/2004, de 16 de noviembre, en el sentido de reconocer que los servicios previos son computables a los efectos de determinar la antigüedad.

SEGUNDA. La iniciativa de conciliación a la que se refiere el escrito de consulta, sólo puede operar en el limitado sentido expuesto en el último fundamento jurídico de este dictamen.

TERCERA. Por las razones que se indican, se considera que la mejor opción de entre las planteadas en el escrito de consulta es la tramitación de una modificación de la Ley 6/1985, en la que se defina el concepto de antigüedad con inclusión de los servicios prestados por los interesados antes de adquirir la condición de funcionarios de carrera.

VOTO PARTICULAR que, al amparo de los artículos 23 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, 22.1.a) y 60.3 de su Reglamento Orgánico, aprobado por Decreto 273/2005, de 13 de diciembre, formulan los Consejeros Gutiérrez Rodríguez y Sánchez Galiana al dictamen de la Comisión Permanente sobre la consulta facultativa relativa a "la valoración del mérito de la antigüedad en los concursos para provisión de puestos de trabajo de personal funcionario de la Administración General de la Junta de Andalucía y la controversia jurídica existente al respecto".

El dictamen aprobado por la mayoría no puede, en nuestra opinión, ser compartido, por las razones que a continuación se exponen:

1. El contenido de la consulta no impedía su admisión a trámite, pero el dictamen se centra en dar respuesta a cuestiones que sí la habrían impedido.

Los artículos 4 y 18 de la Ley del Consejo Consultivo de Andalucía prevén la posibilidad de consultas facultativas en supuestos no contemplados en el artículo 17 "que por su especial trascendencia o repercusión lo requieran". Y el artículo 8.2 del Reglamento Orgánico del Consejo exige que la trascendencia o repercusión del asunto objeto de consulta sean debidamente fundamentados en la petición, al mismo tiempo que establece una limitación

subjetiva, al señalar que no podrán ser formuladas al Consejo consultas facultativas por aquellas entidades y organismos a los que la Ley de creación del mismo sólo reconoce la facultad de consultar en los casos previstos por las leyes.

Pero junto a estas exigencias expresas, que en el presente caso no cabe duda de que se cumplen, va de suyo que el Consejo Consultivo de Andalucía no se pronuncie sobre cuestiones que hayan sido ya objeto de resolución judicial, por cuanto, como señala el artículo 117.3 de la Constitución "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan". A lo que hay que sumar que "es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto" (art. 118 CE).

Por ese motivo, la consulta formula muy prudentemente tres cuestiones que no implican en sí mismas un pronunciamiento de este Consejo sobre el controvertido fondo del asunto, ya resuelto en sede judicial, pues se limitan a solicitar la opinión del órgano sobre: 1º) Qué actuaciones debe llevar a cabo la Comunidad Autónoma para iniciar la próxima convocatoria de concurso de méritos para adecuarse al marco normativo autonómico actualmente vigente, sin colisionar con la normativa comunitaria europea; 2º) Si cabe la posibilidad de que la Administración Autonómica ponga en marcha algún procedimiento para la conciliación de las posiciones contrapuestas entre el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, de ser así, cual sería éste; 3º) Si este órgano entendería jurídicamente adecuada una disposición con rango de ley por la que se ajustara la valoración de méritos a los criterios de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y soslayara las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a pesar de que, por razón de la materia, no sería necesaria una regulación con tal rango.

Dichas cuestiones, al no exigir un pronunciamiento de este Consejo sobre cosa juzgada, han permitido la admisión a trámite de la consulta facultativa formulada por la [Consejería de Hacienda y Administración Pública](#). Pero como evidencia la lectura del dictamen, sobre lo que el Consejo Consultivo en realidad se pronuncia es básicamente sobre el acierto o desacierto de determinadas resoluciones judiciales, tanto del Tribunal Supremo, como muy especialmente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, lo cual, de haber sido abiertamente consultado por la Administración, habría provocado, sin duda, la inadmisión de la consulta.

Por ello, si la pregunta "¿está de acuerdo el Consejo Consultivo con las resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía?" es obvio que no cabe en una consulta facultativa, igual de obvio es que tampoco cabe emplear la argucia de dar respuesta en extenso a dicha cuestión -formalmente no consultada- con la intención de que sirva a posteriori de justificación para la inaplicación de las citadas resoluciones judiciales.

En definitiva, el dictamen de este órgano consultivo de la Junta de Andalucía se debería haber limitado a responder de manera precisa a las tres cuestiones formuladas, pues ellas sí pueden ser respondidas sin invadir la esfera judicial, y superan sin dificultad el trámite de admisión, mientras que de lo que se ha ocupado básicamente es de dar respuesta a una consulta que en ningún caso podía haber sido admitida a trámite.

2. El Consejo Consultivo de Andalucía confunde su posición institucional.

El dictamen aprobado por la mayoría convierte al Consejo Consultivo de Andalucía en una especie de Tribunal de Apelación o de Casación frente a resoluciones judiciales que no son del agrado de la Administración autonómica, pues en lugar de dar estricta respuesta a las cuestiones planteadas, se ocupa básicamente de enjuiciar sentencias firmes del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, reprochando además que éste anulara una disposición sugerida por el Consejo en el dictamen 310/2004, y tras haber sido condenado en costas por este mismo Tribunal en una reciente sentencia a la que posteriormente aludiremos.

Como ha afirmado recientemente el Tribunal Constitucional sobre la misma cuestión de fondo de la que se ocupa este dictamen, *"debemos insistir que a este Tribunal no le corresponde pronunciarse sobre el eventual acierto de la decisión finalmente adoptada, ni tampoco alumbrar otras interpretaciones que pudieran resultar más plausibles. Los órganos judiciales son los únicos competentes, ex art. 117.3 CE, para resolver sobre las materias de estricta legalidad ordinaria"* (STC 212/2014, de 18 diciembre).

Esa exclusividad de jurisdicción está en la base del principio de la separación de poderes, y éste en el de los sistemas democráticos, por lo que el Consejo Consultivo no debería haber perdido en ningún momento de vista que es una institución que forma parte de la esfera del Poder Ejecutivo de la Junta de Andalucía y su función no puede ser ni en éste, ni en ningún otro caso, la de rebatir resoluciones judiciales con las que una mayoría del órgano no esté de acuerdo.

Aunque en la redacción final del dictamen se han eliminado numerosas expresiones y calificaciones referidas al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que impedían por sí mismas cualquier posibilidad de voto afirmativo, sigue siendo muy preocupante que el Consejo Consultivo no sea consciente en este dictamen de su posición institucional y de que no puede ser utilizado ni por la Administración de la Junta de Andalucía, ni por ninguna otra, para zanjar controversias jurídicas que ya han sido resueltas en sede judicial. Ni puede tampoco reaccionar vía dictamen frente a sentencias que no le han sido favorables.

Debemos recordar en este sentido que ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el recurso de apelación contra la sentencia de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Granada con el número 155/10, habiendo sido apelante el Consejo Consultivo de Andalucía. Dicha apelación se ha resuelto desestimando las pretensiones de este Consejo y condenándolo en costas en la sentencia TSJA 795/2014, de 24 de marzo, de la cual conviene extraer algunos párrafos que tienen plena incidencia, además, en la cuestión de fondo que nos ocupa:

- *"Debe recordarse que esta Sala ya se ha manifestado en pronunciamientos anteriores sobre el fondo de la cuestión sometida a debate (verbigracia en sentencia de 10 de julio de 2006, dictada en el recurso nº 168/2005 o en la más reciente de 11 de octubre de 2010), determinando que se vulneran los arts. 23.2 y 14 CE cuando se computan como antigüedad en un concurso de méritos los servicios prestados con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario"* (FJ 3).

- *"A mayor abundamiento esta Sala ha dejado sentado más recientemente, verbigracia en Sentencia de 29 de octubre de 2012, que tanto la diferencia en la cualificación del trabajador como la apreciable en la tareas que desempeñe es circunstancia que puede determinar la no existencia de situaciones comparables"; "siendo entonces lo procedente un trato desigual por exigencia del principio de no discriminación. Al hilo de ello, en la citada sentencia se traía a colación que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 8 de septiembre de 2011, dictada en el asunto C177/10, concluía en orden a las exigencias de acceso o incorporación que existen elementos precisos y concretos que ponen de manifiesto una pronunciada diferenciación según se trate de la adquisición de la condición de funcionario de carrera o de funcionario interino, actuando como criterio objetivo y transparente la realidad de esa clara distinción, normativamente establecida, en el ámbito de lo que se instituye como sistema dirigido a la comprobación, con muy diferente grado de exigencia, de la formación de los aspirantes. Y concluíamos en aquel pronunciamiento "que la prestación de servicios como funcionario interino y la prestación de servicios como funcionario de carrera son hechos que tienen su causa en situaciones no comparables... con lo que... se ha de afirmar que existen razones objetivas que justifican la aplicación de criterios de antigüedad diferentes"* (FJ 3).

- *"Debemos sostener, como hacíamos en la sentencia de 29 de octubre de 2012, que tal y como resulta de la citada Sentencia del TJUE, el principio de no discriminación impide que se trate de manera idéntica situaciones calificables como no comparables por darse entre ellas razones objetivas que exigen, también por aplicación de ese mismo principio, un distinto tratamiento, con lo que procede mantener la nulidad declarada por la sentencia de instancia"*

de la base octava, puntos 1.2, que permite la valoración del tiempo de los servicios prestados como interino" (FJ 3).

- "La sentencia de instancia ordena que la Administración demandada saque a concurso todas las plazas vacantes dotadas presupuestariamente, al entender que tal decisión de que sean detraídas de la Orden de convocatoria adolecía de falta de motivación en los términos expuestos anteriormente" (FJ 4).

- "La orden de convocatoria y la necesidad de motivar del apartado siguiente permiten concluir que la Administración tiene que ofrecer a los funcionarios interesados la posibilidad de concursar a cualquiera de las plazas disponibles, y que estén dotadas presupuestariamente, salvo motivo en contra" (FJ 4).

- "En el presente caso, los argumentos expuestos por la Administración para detraer del Anexo-1-A de la Orden de Convocatoria las dos plazas de Departamento Biblioteca y Archivo y la de asesor técnico por estar ofertadas por la modificación de la RPT y la de letrado por estar sujeta a su legislación específica artículos 83 y 84 del Decreto 273/05 y Disposición Adicional p. 1d) del Decreto 2/2002 de 9 de enero, ello no puede suponer motivación suficiente a tales efectos de justificar la detraición de tales plazas. Por todo lo anterior procede la desestimación de la apelación con confirmación de la sentencia de instancia" (FJ 4).

Tras la lectura de este extracto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 795/2014, de 24 de marzo -que no puede argüir el Consejo que la desconoce, pero a la que se elude citar-, queda claramente en entredicho el contenido del dictamen. Todo parece indicar que lo que se ha elaborado es un dictamen de parte, y se hace además tratando, por decirlo así, de casar la posición del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Cuando lo que debería hacer el Consejo Consultivo de Andalucía en esta materia, y no ha hecho todavía pasado más de un año, es dar pleno cumplimiento a la sentencia 795/2014, de 24 de marzo.

3. No existe contradicción, como interesadamente se quiere hacer ver, entre los pronunciamientos jurisdiccionales internos y lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La consulta planteada por la Administración de la Junta de Andalucía parte de una contradicción entre las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a las que ningún reproche le ha hecho ni el Tribunal Supremo, ni el Tribunal Constitucional, y determinadas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Y esa misma supuesta contradicción es la que el dictamen se encarga de destacar para, más allá incluso, posicionarse del lado de la Administración que, como explicita en su escrito, no comparte las sentencias firmes del TSJA ("*La Junta de Andalucía no comparte la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sobre la adecuación a la Directiva 1999/70/CE de la no valoración a efectos de antigüedad de los servicios prestados como personal funcionario interino, aunque por imperativo del artículo 118 de la Constitución se ha visto obligada a acatarla*") y trata por todos los medios de soslayarlas ("*Si ese órgano entendería jurídicamente adecuada una disposición con rango de ley por la que se ajustara la valoración de méritos a los criterios de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y soslayara las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*").

Pero lo cierto es que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sostiene que es precisamente la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que no sólo no desconoce, sino que comparte y aplica, la que le lleva adoptar las decisiones que ha tomado para salvaguardar el principio de igualdad y de no discriminación, por cuanto -sostiene- no pueden ser tratados de la misma forma supuestos diferentes. Por tanto, dando el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía por sentado que "*el mero hecho de que el funcionario interino haya cumplido dichos períodos de servicio sobre la base de un contrato o de una relación de servicio de duración determinada no constituye tal razón objetiva*" -que es lo que afirma la jurisprudencia europea-, entiende que en los casos enjuiciados sí se dan, junto a ese mero hecho que no lo es, otras razones objetivas en el caso de Andalucía -carece de

sentido traer a colación lo que pueda suceder o resultar en otros ordenamientos y contextos jurídicos- que obligan a un trato diferente.

La contradicción, por tanto, no existe por el momento más que en la opinión de la Administración de la Junta de Andalucía, que precisamente por eso busca respaldo en un órgano perteneciente a la Junta de Andalucía como es este Consejo Consultivo. No consta que la Comisión Europea se haya pronunciado aún por los cauces reglamentarios, ni que haya puesto el asunto en conocimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que es el único al que compete pronunciarse sobre si existe o no tal contradicción.

Así pues, si la contradicción no existe, al menos hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea diga lo contrario, este Consejo Consultivo no puede caer en el error de pronunciarse, reflejando opiniones interesadas -que deberían tal vez haber llevado a la aplicación en algún caso del artículo 28.1 y 2.a) de la Ley 30/1992-, para coadyuvar a la Administración de la Junta de Andalucía en su intento explícito de soslayar decisiones judiciales firmes.

4. No resulta acreditada en el expediente la supuesta advertencia de la Comisión Europea.

En el texto de la consulta se afirma que *"la Comisión Europea cerró el Proyecto Piloto 5241/13-EMPL con la siguiente declaración: "Los argumentos utilizados por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía para mostrar una diferencia objetiva entre el personal permanente y temporal en el servicio público español no son compatibles con la Directiva 1999/70/CE". Y que "además en el mismo comunicado anunció que este rechazo de la Comisión Europea a los argumentos del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía "podría determinar la apertura de un procedimiento de infracción al Estado Español, del artículo 258 del Tratado Fundacional de la Unión Europea", del cual se está a la espera del resultado".*

Sin embargo, tales afirmaciones no resultan acreditadas en el expediente enviado a este Consejo Consultivo, pues no se ha incorporado al mismo ni la supuesta declaración, ni el supuesto comunicado, ni documentación alguna relativa al mencionado Proyecto Piloto que ninguno de los miembros de la Comisión Permanente ha podido consultar siquiera por internet.

Este Consejo desconoce, por tanto, la realidad de lo manifestado por la Administración, pero, incluso dándolas por ciertas, desconoce el contexto completo en el que habrían sido supuestamente formuladas.

A lo que hay que añadir que, en todo caso, lo que dispone el referido artículo 258 es que *"si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea".*

Por tanto, en estos momentos, no existe siquiera un dictamen de la Comisión Europea en el que se afirme que las sentencias de los tribunales españoles son incompatibles con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y puede que la mejor forma de solucionar la controversia sea, precisamente, esperar no ya a ese dictamen de la Comisión, sino al pronunciamiento final del TJUE, mientras se cumple con el artículo 118 de la Constitución.

5. Las cuestiones verdaderamente planteadas por la consulta no reciben en el dictamen el tratamiento mínimamente exigible.

Debemos recordar en este punto que las cuestiones planteadas por la consulta de la **Consejería de Hacienda y Administración Pública** de la Junta de Andalucía son exclusivamente las siguientes:

- Qué actuaciones debe llevar a cabo la Comunidad Autónoma para iniciar la próxima convocatoria de concurso de méritos para adecuarse al marco normativo autonómico actualmente vigente, sin colisionar con la normativa comunitaria europea.

- Si cabe la posibilidad de que la Administración Autonómica ponga en marcha algún procedimiento para la conciliación de las posiciones contrapuestas entre el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, de ser así, cual sería éste.

- Si este órgano entendería jurídicamente adecuada una disposición con rango de ley por la que se ajustara la valoración de méritos a los criterios de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y soslayara las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a pesar de que, por razón de la materia, no sería necesaria una regulación con tal rango.

En relación con la primera de las preguntas, *"qué actuaciones debe llevar a cabo la Comunidad Autónoma para iniciar la próxima convocatoria de concurso de méritos para adecuarse al marco normativo autonómico actualmente vigente, sin colisionar con la normativa comunitaria europea"*, en lugar de responderse cuáles deberían ser las actuaciones conforme al marco normativo actualmente vigente, sobre el que distintos pronunciamientos judiciales han manifestado que no colisiona con la normativa comunitaria europea, a lo que incita este dictamen es a modificar de nuevo el Decreto 2/2002, en el mismo sentido que hiciera el dictamen 310/2004 de este Consejo Consultivo, con las nefastas consecuencias ya conocidas: la posterior anulación de la modificación sugerida por este Consejo por parte del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

A la segunda, *"si cabe la posibilidad de que la Administración Autonómica ponga en marcha algún procedimiento para la conciliación de las posiciones contrapuestas entre el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, de ser así, cual sería éste"*, sólo se le da respuesta a modo de conclusión, pero sin haber profundizado en la cuestión en ningún momento a lo largo del dictamen.

En cuanto a la tercera, *"si este órgano entendería jurídicamente adecuada una disposición con rango de ley por la que se ajustara la valoración de méritos a los criterios de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y soslayara las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a pesar de que, por razón de la materia, no sería necesaria una regulación con tal rango"*, el dictamen tampoco analiza en profundidad esta cuestión, más allá de la breve alusión del fundamento jurídico IV.1, último párrafo (*"Ese análisis lleva a reflexionar sobre la urgente necesidad de zanjar esta controversia, valorando incluso la posibilidad de que el legislador andaluz adopte una solución que permita dirimir un conflicto que ha llevado a la parálisis de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo vacantes en la Administración de la Junta de Andalucía"*), y lo reflejado a modo ya de conclusión en el fundamento jurídico VI. Tercera.

En este punto debe destacarse el llamamiento que parece hacer el dictamen a que la modificación del marco normativo se efectúe mediante Decreto-Ley, al subrayar la "urgente necesidad" en el citado último párrafo del fundamento jurídico IV.1, que, a la vista de lo acontecido con el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio (matizado levemente por el Decreto-ley 6/2010), no puede pasar inadvertido ni considerarse carente de intencionalidad.

Sin embargo, el dictamen no analiza, y a la luz de la pregunta formulada la ocasión era propicia para ello, el mandato contenido en el artículo 136 del Estatuto de Autonomía para Andalucía según el cual *"la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos de la Administración de la Junta de Andalucía, el acceso al empleo público de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, y establecerá un órgano administrativo de la función pública resolutorio de los recursos que se interpongan sobre esta materia"*. Un mandato que lleva más de ocho años sin cumplirse y al que el dictamen ni siquiera alude.

Como tampoco alude, entre otros, a los artículos 26.1.b) (*"el acceso al empleo público en condiciones de igualdad y según los principios constitucionales de mérito y capacidad"*), 38 (*"El Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo..."*) y 110.1 (*"...decretos-*

leyes, que no podrán afectar a los derechos establecidos en este Estatuto...") del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Lo único que se señala en el dictamen es que "*en este caso estamos hablando de la regulación de un derecho fundamental, sometido a reserva de ley*" (sic), sin profundizar siquiera en el análisis de los artículos 53.1, 81.1 y 103.3 de la Constitución.

En definitiva, aunque formalmente se responde a las cuestiones -también formalmente- planteadas, se evidencia en todo momento que lo que se pretende, tanto con la consulta como con el dictamen, no es otra cosa que desvirtuar las sentencias firmes del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y convertir al Consejo Consultivo de Andalucía en coartada de una decisión política, tratando de justificar así la clara y explicitada intención de la Junta de Andalucía de soslayar al Poder Judicial.