

ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA AUTONÓMICA Y DOCTRINA CONSTITUCIONAL (Comentario a la STC de 11 de febrero de 1999)

Por

RICARDO RIVERO ORTEGA
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: TEORÍA Y PRÁCTICA DEL ARTÍCULO 23.2 CE.—II. ANTECEDENTES DE HECHO: CONFLICTOS EN LOS PROCESOS SELECTIVOS DE PERSONAL SANITARIO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA DE CASTILLA Y LEÓN.—III. DATOS NORMATIVOS: REGLA Y EXCEPCIÓN EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA.—IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL ARTÍCULO 23.2 CE: INTERINIDADES Y FUNCIÓN PÚBLICA AUTONÓMICA: 1. *El acceso al Cuerpo de Titulados Superiores de la Administración de Extremadura y el sistema de la mochila: convocatoria inconstitucional.* 2. *Las Leyes de Función Pública de Andalucía y Canarias: declaración de constitucionalidad de las pruebas restringidas por razones de eficacia y por una sola vez.* 3. *De nuevo la Ley de la Función Pública de Canarias: inconstitucionalidad de las pruebas restringidas por vulnerar el carácter básico de las disposiciones de la Ley 30/1984.* 4. *Función pública murciana: estimación de recurso de amparo ante la convocatoria de procesos de selección restringidos.* 5. *El problema de los funcionarios educativos y la aplicación de la LOGSE en Andalucía: la discutible aceptación de su constitucionalidad.* 6. *La función pública cántabra: concesión de amparo frente a pruebas restringidas (prácticamente restringidas) convocadas varias veces.*—V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA STC DE 11 DE FEBRERO DE 1999.—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: TEORÍA Y PRÁCTICA DEL ARTÍCULO 23.2 CE

En 1793, KANT escribe su ensayo *En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica»*, en el que ofrece una definición de teoría y práctica: «Se denomina *teoría* incluso a un conjunto de reglas prácticas, siempre que tales reglas sean pensadas como principios, con cierta universalidad, y, por tanto, siempre que hayan sido abstraídas de la multitud de condiciones que concurren necesariamente en su aplicación. Por el contrario, no se llama *práctica* a cualquier manipulación, sino sólo a aquella realización de un fin que sea pensada como el cumplimiento de ciertos principios representados con universalidad.» Para el filósofo de Königsberg, no se llama práctica a cualquier manipulación, pero sí cabe una práctica desviada: «Una práctica que da de lado a todos los principios puros de la razón en ninguna parte reniega de la teoría con más arrogancia que en los requisitos para una buena constitución política» (1).

Entre los requisitos de una buena constitución política se encuentran, sin duda, los principios de participación y de igualdad, enunciados conjun-

(1) KANT, *Teoría y práctica*, Tecnos, Madrid, 1993.

tamente en el artículo 6 de la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano de 1789 («La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho a participar personalmente, o a través de sus representantes, en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. Siendo todos los ciudadanos iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus méritos y capacidad») y en el artículo 23 de nuestra Constitución («1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes»). Los derechos a participar en los asuntos públicos y a acceder en condiciones de igualdad a funciones y cargos, guardan una estrecha relación con el sistema democrático.

La interpretación del artículo 23.2 (2) lo considera manifestación específica de la igualdad ante la ley, como pone de relieve la STC 86/1987, de 2 de junio, y resalta su conexión con los principios de mérito y capacidad, como recuerda la STC 193/1987, de 9 de diciembre. Esta misma Sentencia pone de relieve que la igualdad, el mérito y la capacidad, como criterios de selección de los funcionarios públicos, son garantías de su imparcialidad en el ejercicio de la función: «El artículo 23.2 introduce, así, un criterio igualatorio que constituye una garantía, reforzada por tratarse de un derecho fundamental, del principio de imparcialidad de los funcionarios públicos proclamado en el artículo 103.3, inherente por esencia al Estado de Derecho que la Constitución consagra. Por consiguiente, en la resolución de los procedimientos de selección para ocupar un puesto integrado en la función pública, los órganos y autoridades competentes deben guiarse exclusivamente por aquellos criterios de mérito y capacidad, incurriendo en infracción del mencionado precepto constitucional si tomaran en consideración otras condiciones personales o sociales de los candidatos, no referidos a dichos criterios.»

Esta es la interpretación ideal del derecho recogido en el artículo 23.2. Su construcción teórica, que, sin embargo, ha podido ser relativizada en la práctica por mor de las circunstancias del caso concreto. También antes de la Constitución otras normas reconocían el principio de igualdad en el acceso a la función pública y, sin embargo, frecuentemente se ha defraudado este mandato por diversas vías-válvulas de escape, entre las que se encuentra la contratación de interinos: «una quiebra de los sistemas de reclutamiento formalizados e inspirados en los principios de mérito y capacidad» (3). SÁNCHEZ MORÓN afirma que la aprobación de la Constitución, el artículo 23.2 y los principios de mérito y capacidad han modificado la

(2) Vid. PULIDO QUECEDO, *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1992.

(3) JIMÉNEZ ASENSIO, *Políticas de selección en la función pública española (1808-1975)*, INAP, Madrid, 1989, pág. 427.

situación (4), pero la doctrina que analizaremos en este comentario, junto con los datos normativos, nos indicarán hasta qué punto se ha producido efectivamente este cambio.

II. ANTECEDENTES DE HECHO: CONFLICTOS EN LOS PROCESOS SELECTIVOS DE PERSONAL SANITARIO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA DE CASTILLA Y LEÓN

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de febrero de 1999 (Ponente: Garrido Falla) da respuesta a una cuestión de constitucionalidad planteada el 25 de octubre de 1994 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, referida a la Disposición Transitoria cuarta de la Ley de las Cortes castellanoleonesas 1/1993, de 6 de abril, de ordenación del sistema sanitario. La cuestión se suscita en un recurso contencioso-administrativo interpuesto por una asociación de médicos en paro y otros recurrentes frente a la Orden de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial de la Junta de 4 de enero de 1994, que convocaba el proceso selectivo para ingresar en varios cuerpos de esta Comunidad Autónoma. La Orden reproduce el tenor del apartado cuarto de la citada transitoria cuando establece el baremo de méritos en los concursos, baremo según el cual el tiempo de servicios prestados por el personal que se encuentre en activo y con más de un año de antigüedad en el momento de entrada en vigor de la Ley se valorará a razón de 0,30 puntos por mes, hasta un máximo del 40 por 100 de la puntuación total del concurso, mientras que los servicios prestados en cualquier Administración pública —que no sea, claro está, la autonómica— en el territorio de la Comunidad Autónoma se valorarían a razón de 0,10 puntos por mes, hasta un 15 por 100 de la puntuación del concurso, y los servicios prestados en el resto del territorio nacional se valorarían a razón de 0,05 puntos por mes, hasta un 10 por 100 de la puntuación máxima total del concurso.

Las dudas de constitucionalidad que planteaba la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León eran fundamentalmente dos: 1. El trato radicalmente distinto que se daba a los aspirantes a la hora de valorar sus méritos en función de dónde hubieran prestado sus servicios (con el especial acento del carácter territorial). 2. La no valoración de los servicios prestados por quienes no estuvieran en activo a la entrada en vigor de la Ley 1/1993 y la no valoración de quienes no llevaran un año de servicios ininterrumpidos, tratándose de servicios prestados a la Administración autonómica, pues en el caso del resto de Administraciones sí se valoraban esos servicios. En opinión de la Sala, estamos ante un trato discriminatorio injustificado, un tratamiento arbitrariamente distinto en función de para qué Administración se hayan prestado servicios, dentro o fuera de la Comunidad Autónoma, que supone sobrevalorar el triple los servicios prestados a la Administración autonómica con res-

(4) SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 122.

pecto de los prestados a otra Administración en el territorio de la Comunidad Autónoma y seis veces más con respecto a los prestados en cualquier otro lugar del territorio nacional.

No es ésta la primera ocasión en la que una convocatoria para cubrir plazas de funcionario en la Administración sanitaria de Castilla y León plantea problemas. La Orden de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial de Castilla y León de 21 de julio de 1989 primaba la condición de interino, por lo que fue anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León el 22 de abril de 1991. La selección de personal por parte de la Comunidad Autónoma de Castilla y León ha dado lugar a otros conflictos, como el que resuelve una Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1995 (Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas), contestando el recurso interpuesto por el Colegio de Arquitectos de León frente a la Orden de 30 de noviembre de 1988 de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial de la Junta que confirma la convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Arquitectos de la Comunidad Autónoma. En este caso, la Orden contemplaba un sistema de mochila en la puntuación de la fase de concurso para completar el mínimo de los ejercicios de oposición. El Tribunal Supremo utiliza en su razonamiento la jurisprudencia constitucional dictada sobre el 23.2 —algunas Sentencias que después analizaremos (67/1989, 60/1994, 185/1994)—, para terminar utilizando un argumento que no encontramos en ninguna de estas Sentencias: «La posibilidad teórica de concurrir a la oposición, y la estructura de ésta (plano formal) no son los únicos elementos a atender, pues tan fundamental como ello son las condiciones materiales en que se concurre desde el punto de vista de la igualdad de armas de los llamados. Si la estructura formal de la oposición agrega unos criterios materiales de mérito atendibles y una determinada funcionalidad de los mismos, que establecen ventajas para un colectivo muy concreto de entre el más amplio e indefinido llamado teóricamente de concurso-oposición, no es aventurado pensar que tales ventajas puedan producir un efecto disuasorio entre los que no tienen en su favor las ventajas citadas.» Se detecta así una lesión del principio de igualdad, uno de los principios clave del régimen constitucional del acceso a la función pública, que, sin embargo, ha admitido hasta ahora notables matizaciones, como veremos a continuación.

III. DATOS NORMATIVOS: REGLA Y EXCEPCIÓN EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA (5)

Como es bien sabido, la regulación básica de la función pública en España se encuentra en varias normas: el RD Legislativo 315/1964, de 7 de

(5) «Lo que estaba previsto como excepción, se ha convertido en la regla». Así denunciaba Alejandro NIETO el abuso en la contratación de interinos y las oposiciones restringidas. NIETO, *La noche oscura de la función pública*, «Cuadernos Económicos del ICE», 1980, pág. 10.

febrero, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, y la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas de reforma de la función pública, principalmente (6). El artículo 19 de este último texto, que regula la selección del personal de la Administración, reitera los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad: «1. Las Administraciones públicas seleccionan su personal ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad.» El desarrollo de este precepto, para la Administración del Estado, se encuentra en 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 (RD 364/1995, de 10 de marzo).

Junto a este régimen general, encontramos en la Disposición Transitoria sexta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto (apartados 2, 3 y 4), un régimen excepcional para los interinos y contratados: «2. Todo el personal que haya prestado servicios como contratado administrativo de colaboración temporal o como funcionario de empleo interino podrá participar en las pruebas de acceso para cubrir la plazas de nueva creación. En todo caso, estas convocatorias de acceso, deberán respetar los criterios de mérito y capacidad, mediante las pruebas selectivas que reglamentariamente se determinen, en las que se valorarán los servicios efectivos prestados por este personal. 3. Las Comunidades Autónomas aplicarán las anteriores normas al personal contratado administrativo de colaboración temporal dependiente de las mismas para acceso a las respectivas funciones públicas autonómicas. 4. Los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán convocar pruebas específicas para el personal que, al amparo de lo establecido en disposiciones de carácter general promulgadas por las correspondientes Comunidades Autónomas tuviesen, con anterioridad al 15 de marzo de 1984, condición de contratados administrativos en expectativa de acceso a su respectiva Función pública. Se considerarán incluidos en el presente precepto los contratados mediante convocatorias públicas con anterioridad al 15 de marzo de 1984.»

En Castilla y León, el régimen de la función pública autonómica se encuentra en el Decreto Legislativo 1/1990, de 25 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, un texto que consagra como norma general para acceder a la función pública castellano-leonesa la oposición, pero que también contempla excepciones; por ejemplo, en el apartado tercero de su Disposición Transitoria cuarta: «La provisión de plazas clasificadas como de funcionario se efectuará mediante el sistema de concurso-oposición libre. En la fase de concurso única-

(6) Vid. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo. II. Organización y empleo público*, 12.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1998.

mente se tendrá en cuenta como mérito los servicios prestados a la Administración autonómica y preautonómica, así como a la Administración del Estado, en el caso del personal transferido...» La Disposición se refiere al personal vinculado a la Administración autonómica antes del 24 de agosto de 1984.

Hay que tener en cuenta, por último, que el artículo 39 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (Ley de acompañamiento), se ocupa de los procesos selectivos de consolidación de empleo temporal: «La convocatoria de procesos selectivos para la sustitución de empleo interino o consolidación de empleo temporal estructural y permanente se efectuará de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y mediante los sistemas selectivos de oposición, concurso o concurso-oposición. En este último caso, en la fase de concurso podrán valorarse, entre otros méritos, la experiencia en los puestos de trabajo objeto de convocatoria.» No termina de comprenderse el sentido de este nuevo precepto, aunque la Exposición de Motivos de la 50/1998 se refiere al mismo diciendo que se trata de «dar rango legal en estos procesos selectivos al sistema de concurso-oposición y de prever que en la fase de concurso podrán valorarse, entre otros méritos, la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria». Nótese, sin embargo, que se modifica la expresión de la Transitoria sexta de la 30/1984 («servicios efectivos prestados») por la de «experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria».

IV. JURISPRUDENCIA DEL TC SOBRE EL ARTÍCULO 23.2 CE: INTERINIDADES Y FUNCIÓN PÚBLICA AUTONÓMICA

1. *El acceso al Cuerpo de Titulados Superiores de la Administración de Extremadura y el sistema de la mochila: convocatoria inconstitucional*

La STC 67/1989, de 18 de abril (Ponente: Rodríguez-Piñero), resuelve un recurso de amparo que se plantea tras la impugnación en sede contencioso-administrativa de una Orden de la Consejería de Presidencia y Trabajo de la Junta de Extremadura que convocaba pruebas selectivas para el acceso a la función pública autonómica. En la citada Orden se contemplaba la valoración de los méritos de los interinos, conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria segunda de la Ley 2/1986, de la función pública extremeña (7), llegando a concederse hasta un 45 por 100 de la puntuación total alcanzable en la fase de oposición, a razón de 0,60 puntos por

(7) «1. El personal interino existente al entrar en vigor esta Ley y seleccionado a través de pruebas selectivas convocadas por la Comunidad Autónoma de Extremadura se someterá a las pruebas selectivas que se estimen necesarias por concurso-oposición libre, para su ingreso en la Función pública, si las consignaciones presupuestarias lo permiten. En ellas se valorarán los servicios efectivos prestados, teniendo en cuenta de forma estricta los principios de mérito y capacidad...»

mes de servicios efectivos prestados. Tal valoración era considerada por el recurrente irrazonable, injustificable e inadmisibile, por desproporcionada. A juicio del Ministerio Fiscal, sin embargo, la convocatoria no era arbitraria ni desproporcionada y no correspondía, desde su punto de vista, a la Justicia constitucional determinar si la valoración de los méritos debía ser inferior al 45 por 100.

Pese a esta opinión —muy discutible por otra parte— del Ministerio Fiscal, la Sentencia del Tribunal Constitucional acuerda estimar el recurso de amparo interpuesto, declarando la nulidad de la Orden extremeña y de la Sentencia del Tribunal Supremo que la confirmaba. La clave de la estimación del recurso se halla en la posibilidad que contemplaba la convocatoria de utilizar los puntos obtenidos en la fase de concurso para alcanzar las puntuaciones mínimas exigidas en los ejercicios de la fase de oposición, aun cuando luego sólo se sumarían para la puntuación final los puntos de la fase de concurso no utilizados para superar la fase de oposición. Este sistema, llamado de la «mochila», que contemplaba el párrafo ocho de la base 4.1 de la Orden, es el determinante de la declaración de inconstitucionalidad (Fundamento Jurídico quinto: «Esta desigualdad de trato, en cuanto al nivel de exigencia entre unos y otros opositores, por la sola razón de la existencia de un período previo de servicios administrativos, ha de ser estimada como arbitraria e incompatible con los principios de mérito y capacidad»). En cambio, la valoración hasta en un 45 por 100 de la puntuación alcanzable de los servicios prestados no es determinante del fallo del Tribunal (Fundamento Jurídico cuarto: «... no ha llegado a sobrepasar los límites de disponibilidad de la Comunidad Autónoma al no poder considerarse por sí sola como violación del derecho fundamental que garantiza el art. 23.2 de la Constitución»). Tampoco lo es el que se valoren sólo los servicios prestados en la Administración autonómica, pues no estamos ante méritos individualizados (Fundamento Jurídico tercero: «... no se trata de una referencia individualizada y concreta, contraria al principio constitucional de igualdad, sino de una referencia genérica, hecha en términos asimismo generales y abstractos, por más que puedan determinarse luego los sujetos a incluir») (8).

2. *Las Leyes de Función Pública de Andalucía y Canarias: declaración de constitucionalidad de las pruebas restringidas por razones de eficacia y por una sola vez*

La STC 27/1991, de 14 de febrero (Ponente: Gimeno Sendra), resuelve sendas cuestiones de constitucionalidad planteadas por los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía y de Canarias, en relación con el aparta-

(8) La STC 67/1989 ha sido objeto de varios comentarios monográficos. Vid. ALEGRE AVILA. *La función pública y los interinos y contratados (La Sentencia del TC 67/89, de 18 de abril. Una reflexión sobre los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad)*, «REALA», núm. 243 (1989); E. GARCÍA-TREVIANO GARNICA. *Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública*, núm. 121 de esta REVISTA (1990).

do cuarto de la Disposición Transitoria sexta de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública; el apartado tercero de la Disposición Transitoria sexta de la Ley 6/1985, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, y el apartado segundo de la Disposición Transitoria novena de la Ley 2/1987, sobre Función Pública de Canarias. Las cuestiones se suscitan con ocasión de los recursos contencioso-administrativos interpuestos frente a los actos de aplicación de las citadas disposiciones, consistentes en la convocatoria de procesos de selección de funcionarios en las dos Comunidades Autónomas. En ambos casos se trata de procesos de selección restringidos a determinadas personas que se encuentren en una situación específica al servicio de la Comunidad Autónoma, con exclusión del resto de sujetos.

En su Sentencia, el Tribunal Constitucional desestima las cuestiones de constitucionalidad planteadas, conteniéndose su *ratio decidendi* en un Fundamento Jurídico quinto que no deja de causar cierta perplejidad: «Es evidente que el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública supone una limitación fundamental a la práctica de las llamadas “pruebas restringidas” para el acceso a la función pública, las cuales, en general, han de considerarse como un procedimiento proscrito por el artículo 23.2 CE, si bien, no cabe excluir que, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la Ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración pública. En este sentido, debe tenerse en cuenta que las disposiciones impugnadas contemplan medidas de carácter transitorio y excepcional 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 de adscribir, de forma inmediata, a personal en régimen de Derecho administrativo, cuando, ni existían plantillas de funcionarios, ni había tiempo para poder acudir a las formas normales de ingreso en la Administración pública como funcionario de carrera... Es esta situación excepcional y transitoria la que, mediante la pertinente habilitación legal, puede justificar este sacrificio de la igualdad de trato, a través del reconocimiento de una situación diferenciada que, *por las circunstancias del caso y por los intereses en juego* (9), cabe considerar compatible con el artículo 23.2 CE, aunque desde luego en modo alguno ha de resultar generalizable o extensible a otros supuestos. Mediante tales disposiciones lo que se persigue exclusivamente es atender a las expectativas de acceso a la función pública creadas por la necesidad de instaurar una nueva Administración autonó-

(9) *Cursiva mía.*

mica y contribuir a la estabilidad y eficacia de la misma. El carácter excepcional de dicho sistema, por una sola vez, que ha de coexistir con el común de la convocatoria libre (procedimiento que, en lo sucesivo, habrá de utilizar la Administración autonómica a fin de permitir el libre acceso de quienes no mantienen con ella relación alguna) ha de llevarnos a declarar que las disposiciones legales cuestionadas, al ser proporcionadas con los fines legítimos enunciados, no han ocasionado vulneración alguna del artículo 23.2 CE.» A mi juicio, no convence la invocación al principio de eficacia de la Administración, que justifica aquí el sacrificio de un derecho fundamental, como tampoco termina de ser aceptable la excusa del complejo proceso de consolidación de las Administraciones autonómicas. Por otra parte, téngase en cuenta que la Ley canaria contemplaba la posibilidad de convocar pruebas restringidas tres veces, una circunstancia no valorada por el fallo del Constitucional, que, sin embargo, advierte que a partir de ese momento deberá utilizarse el sistema de convocatoria libre. La excepcionalidad como criterio decisivo aparece aquí de modo explícito.

3. *De nuevo la Ley de la Función Pública de Canarias: inconstitucionalidad de las pruebas restringidas por vulnerar el carácter básico de las disposiciones de la Ley 30/1984*

La STC 151/1992, de 19 de octubre (Ponente: López Guerra), resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno frente al apartado tercero de la Disposición Transitoria novena de la Ley 2/1987 del Parlamento de Canarias, reguladora de la Función Pública canaria. Por conexión también se impugnaba el primer inciso del apartado cuarto de la misma Ley. Ambos apartados contemplaban la posibilidad de convocar pruebas restringidas para convertir en funcionarios de carrera a los interinos (10). El fundamento del recurso de inconstitucionalidad se encuentra en la Ley 30/1984, especialmente en su artículo 19, sobre los medios de selección, y en el apartado cuarto de su Disposición Transitoria sexta, cuando limita las pruebas restringidas en la función pública autonómica al personal contratado administrativo ingresado antes del 15 de marzo de 1984. La Ley canaria habría vulnerado este límite temporal impuesto por una disposición sin una expresa calificación de básica, pero cuyo contenido material le daría tal naturaleza, negada, sin embargo, por el Parlamento y el Gobierno de Canarias.

El Tribunal Constitucional se decanta por las opiniones manifestadas por el Abogado del Estado en cuanto al carácter básico de la Transitoria sexta de la 30/1984. Teniendo en cuenta que el artículo 19 de la Ley es indudablemente básico en su regulación de los sistemas de acceso a la fun-

(10) Apartado tercero: «el Consejo de Gobierno convocará asimismo, pruebas especiales de acceso, por un máximo de tres veces para los funcionarios de empleo interinos, nombrados en virtud de convocatorias públicas que hayan superado pruebas selectivas celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley».

ción pública, y establece con carácter general la regla de la convocatoria pública, y admitiendo que se produce una contradicción entre este precepto (conectado con la Transitoria sexta) y la Transitoria novena de la Ley canaria, ésta vulneraría el reparto constitucional de competencias legislativas en materia de función pública. Concluye el Fundamento Jurídico quinto que «... la previsión de pruebas específicas para los funcionarios interinos en los términos que lo hace la Disposición Transitoria novena, 3, de la Ley canaria impugnada, no puede ser aceptada, al conllevar la quiebra del repetido principio básico de convocatorias públicas y libres, lo que evidentemente no obsta para que, a través de las mismas, en el desarrollo de las correspondientes pruebas selectivas de acceso puedan valorarse los servicios efectivos prestados por esos funcionarios interinos (Disposición Transitoria sexta, 2, de la Ley 30/1984), siempre que, no obstante, esa valoración no incurra en arbitrariedad e incompatibilidad, por tanto, con los principios de mérito y capacidad...».

4. *Función pública murciana: estimación de recurso de amparo ante la convocatoria de procesos de selección restringidos*

La STC 60/1994, de 28 de febrero (Ponente: Gimeno Sendra), resuelve un recurso de amparo interpuesto frente a una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia desestimatoria de un contencioso frente a varias convocatorias de provisión de puestos de trabajo ordenadas por la Consejería de Administración Pública e Interior de la Región de Murcia. En las Ordenes de la Consejería se exigía como requisito para concurrir a las pruebas el haber prestado servicios previos (11).

Encontramos el núcleo de la Sentencia estimatoria del recurso de amparo en su Fundamento Jurídico sexto: «Es indudable, como señala la Comunidad demandada, que la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede poner de manifiesto la aptitud o capacidad para desarrollar una determinada función pública, y puede suponer unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados. No surgiría ningún problema si se considerasen los servicios prestados, no como un requisito necesario para poder participar en el concurso, sino como un mérito a valorar en una fase posterior del concurso, pues ello no puede estimarse como desproporcionado, arbitrario o irrazonable. El problema surge cuando el citado requisito se considera en la Orden como presupuesto o requisito excluyente o *sine qua non* para que los aspirantes puedan participar en el concurso, por cuanto implica que, en principio, se excluye a potenciales candidatos al acceso a la Función Pública y se les veda la posibilidad de que puedan mostrar su capacidad y mérito.»

(11) La Orden de 24 de mayo de 1988, que convocaba el concurso para la provisión de una plaza de Letrado asesor, exigía «haber prestado servicios un mínimo de dos años en asesoramiento y defensa en juicio de las Administraciones Central o Autónoma».

5. *El problema de los funcionarios educativos y la aplicación de la LOGSE en Andalucía: la discutible aceptación de su constitucionalidad*

La STC 185/1994, de 20 de junio (Ponente: González Campos), resuelve varios recursos de amparo interpuestos por opositores de enseñanza frente a las Sentencias del Tribunal Supremo que confirmaban los actos de aplicación de la Disposición Transitoria quinta de la Ley de Ordenación General del Sistema Educativo, LO 1/1990, de 3 de octubre (12), por parte de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía. Los recurrentes consideraban que las convocatorias de procesos de selección efectuadas por la citada Consejería sobrevaloraban los méritos de los interinos, produciendo un efecto «mochila» que situaba a los opositores libres en una situación de claro desfavorecimiento. El Ministerio Fiscal negó que se produjera tal efecto «mochila», por estar perfectamente deslindadas la fase de concurso y la fase de oposición (13).

El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo sin entrar apenas a valorar si, efectivamente, se produce o no el tan traído efecto «mochila». En su argumentación, el fallo comienza analizando la Transitoria quinta de la LOGSE, Ley de reforma del sistema educativo que se dicta en unas circunstancias determinadas (crecimiento del número de centros de enseñanza, aumento del profesorado, situación precaria del mismo) a las que pretende dar respuesta. Estamos, a juicio del Tribunal, ante una situación semejante a la de la creación de las nuevas Administraciones autonómicas, que justificaría medidas excepcionales como la que contempla en su Transitoria quinta la LOGSE: «... el trato de favor concedido a los aspirantes que con anterioridad hubiesen desempeñado tareas docentes como funcionarios interinos posee un carácter excepcional y deriva de una circunstancia vinculada a una finalidad constitucionalmente legítima, como es la de normalizar la situación del personal al servicio de las Administraciones educativas y mejorar su cualificación» (Fundamento Jurídico cuarto). La supervaloración de los méritos de los interinos no es desproporcionada, a juicio del Tribunal, que considera que se sitúa dentro del límite de lo tolerable.

(12) La Disposición Transitoria quinta de la LOGSE establecía lo siguiente en su apartado segundo: «Las tres primeras convocatorias de ingreso en la función pública docente, que se produzcan después de la entrada en vigor de la presente ley, se realizarán conforme a un sistema de selección en el que se valoren los conocimientos sobre los contenidos curriculares que deberán impartir los candidatos seleccionados y su dominio de los recursos didácticos y pedagógicos, así como los méritos académicos. Entre éstos tendrán una valoración preferente los servicios prestados en la enseñanza pública. Para la selección de los aspirantes se tendrá en cuenta la valoración ponderada y global de ambos apartados.»

(13) La Base VI de la Orden de convocatoria, sin embargo, establecía un sistema de valoración de los «cursos de perfeccionamiento» en la primera fase del proceso de selección, cursos que en la práctica sólo habían sido realizados por los interinos. Sus méritos se computarían así, de hecho, en ambas fases. Aquí observa el TC el «único atisbo de potencial discriminación», que, sin embargo, rechaza como motivo de inconstitucionalidad diciendo que «ninguna norma impide con carácter general y excluyente a los futuros aspirantes no interinos acceder a esa clase de cursos» (FJ 5).

En esta Sentencia encontramos un voto particular, formulado por Galdón López, que rompe la unanimidad de todas las precedentes. El Magistrado que discrepa lo hace considerando que la sobrevaloración de los méritos de los interinos es excesiva y no responde al principio de capacidad, pues no se tienen en cuenta los resultados de los servicios prestados, es decir, la calidad de los mismos. Además, reflexiona sobre la utilización abusiva de interinos: «Práctica que, una y otra vez, ha determinado la absorción del personal así nombrado mediante los más variados sistemas para otorgarle la posibilidad del ingreso en propiedad, incluso en muchas ocasiones de modo claramente privilegiado respecto de los aspirantes libres.» Es ésta una visión crítica de las raíces del problema que, sin embargo, no se observa en absoluto en las Sentencias precedentes.

6. *La función pública cántabra: concesión de amparo frente a pruebas restringidas (prácticamente restringidas) convocadas varias veces*

La STC 16/1998, de 26 de enero (Ponente: González Campos), resuelve un recurso de amparo interpuesto contra la resolución de la Consejería de la Presidencia de la Diputación Regional de Cantabria por la que se hace pública la relación de admitidos al proceso selectivo regulado por la Transitoria sexta de la Ley 4/1993, de 10 de marzo, de la Función Pública de Cantabria, y contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 29 de septiembre de 1994, que confirma la citada resolución (14). La recurrente fue excluida del proceso de selección por haber ingresado en la función pública autonómica con posterioridad al 26 de julio de 1986, por lo que consideró vulnerado su derecho a la igualdad.

El Tribunal Constitucional analiza la posible vulneración del artículo 23.2 («una especificación del principio de igualdad ante la ley») en este caso, constatando que estamos ante un supuesto de pruebas restringidas, excepcionales por los problemas de constitucionalidad que plantean. Los límites que en Sentencias anteriores se han fijado con respecto a las pruebas restringidas incluyen su tolerabilidad «por una sola vez». La Diputación Regional de Cantabria convocó en otra ocasión pruebas selectivas que si bien no tuvieron un carácter plenamente restringido, sí favorecieron a los interinos claramente, por valorar en la fase de concurso solamente los méritos prestados en la Administración autónoma de Cantabria. Por otra parte, la Ley cántabra no amparaba los procesos restringidos; únicamente permitía valorar los servicios efectivos prestados por los interinos. Por ello

(14) El párrafo primero de la Transitoria sexta establece lo siguiente: «el personal al que se refieren las disposiciones transitorias cuarta y novena de la Ley de la Función Pública Regional, Ley 4/86, y aquellos otros transferidos posteriormente a los que hubieran sido de aplicación éstas, que a la entrada en vigor de la presente Ley ostente la condición de interino y a los que no se les aplicaron las citadas disposiciones transitorias, podrán acceder a la condición de carrera de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria previa realización de un proceso selectivo valorando a estos efectos los servicios efectivos prestados en su condición de interinos».

no se plantea cuestión de inconstitucionalidad con respecto a la Ley de la Función Pública de Cantabria (Fundamento Jurídico sexto: «al ser posible interpretar esta disposición transitoria en un sentido conforme con la Constitución»).

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA STC DE 11 DE FEBRERO DE 1999

Los dos primeros Fundamentos Jurídicos de la Sentencia se limitan a exponer la cuestión, circunscribiendo el análisis de constitucionalidad al apartado cuarto de la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 1/1993, de ordenación del sistema sanitario de Castilla y León. El Fundamento Jurídico tercero recuerda la jurisprudencia constitucional precedente, de la que pretende extraer algunos criterios generales que considera aplicables a este caso. Nuestro Derecho constitucional se ha convertido en alguna medida en un Derecho del caso (*case law*), en el que los precedentes tienen una indudable relevancia no sólo para el análisis de la evolución de la jurisprudencia constitucional —sus naturales cambios de criterio—, sino también como parámetro de valoración de la coherencia de las Sentencias.

Es en el Fundamento Jurídico cuarto donde está la *ratio decidendi* de la respuesta ofrecida en este caso por el Tribunal Constitucional, que destaca que no estamos ante un concurso restringido, aunque también reconoce que «el sistema de valoración de méritos cuestionado prima de manera muy notable los servicios prestados en la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma frente a los que lo hayan sido en otras Administraciones o en otras partes del territorio nacional». Una diferenciación tan grande actúa, indudablemente, como disuasoria de la presentación de todos aquellos que no sean interinos de la Administración autonómica y puede vulnerar las exigencias de la propia doctrina constitucional, formuladas por ejemplo en la STC 42/1981, que establece que la exigencia de una capacidad técnica para desarrollar una función no es contraria al principio de igualdad siempre que la diferencia impuesta en razón de la capacidad técnica sea adecuada a la naturaleza de las tareas a realizar y se establezca con carácter general. Si la valoración de los méritos de los interinos viene justificada por el propio principio de mérito, las valoraciones no pueden ser discriminatorias sin una justificación razonable. Ante este problema, la respuesta del Tribunal Constitucional no deja de ser lacónica: «el trato de favor dispensado a los interinos, si bien genera importantes diferencias, éstas no son desproporcionadas, teniendo en cuenta que lo pretendido es, precisamente, primar los servicios prestados en la Administración autonómica habida cuenta la necesidad de resolver la situación excepcional generada por la creación de una Administración sanitaria propia».

El Fundamento Jurídico quinto destaca la excepcionalidad («por una sola vez») de los procesos selectivos cuestionados. Recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 22 de abril de 1991, que ya anuló una convocatoria anterior: «Por tanto, aunque no se trata del

primer intento para resolver la situación excepcional de los interinos, sí es el único que, hasta el momento, no ha sido declarado contrario a Derecho.» En fin, se cierra la Sentencia con una declaración que, a mi modo de ver, no responde satisfactoriamente a la pregunta planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León: «La Administración sanitaria ha contado hasta el momento con un personal interino cuya estabilización funcional podría haberle inclinado a la convocatoria de un concurso restringido» (concurso que entiendo sería inconstitucional); «Sin embargo, ha querido conseguir esa estabilización con un sistema de selección en el que, aun primándose la condición de interino, no se hiciera imposible el acceso de profesionales que hubieran prestado servicios en otras Administraciones» (tal vez no se hace formalmente imposible, pero sin duda se dificulta gravemente su acceso, valorando su experiencia en puestos de trabajo semejantes muy por debajo de la puntuación que se concede a quienes hayan trabajado en la Administración autonómica, y por debajo de quienes hayan prestado servicios en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León).

VI. CONCLUSIONES

El proceso de consolidación de la función pública autonómica, tras la realización de las transferencias (15), ha dado lugar a casos como el planteado en esta Sentencia del Tribunal Constitucional, previsibles ya desde muy temprano: «El personal contratado, ya lo haya sido a través de un procedimiento más o menos imparcial y en el que se garantizase o no la competencia y méritos, se integrará en la función pública de la Comunidad Autónoma como funcionario a través de algún procedimiento privilegiado (...) y tratará de mantener todas las ventajas o situaciones favorables de que dispusiera en época anterior. Si no es un condicionante de derecho, en muchos casos deberá reconocerse la existencia de este condicionante de hecho» (16). Pues bien, parece que este condicionante de hecho, que da lugar a la quiebra del sistema (17), debería agotarse ya a más de veinte años de la aprobación de la Constitución, quince de la aprobación del Estatuto de Autonomía de Castilla y León y seis de la aprobación de la norma cuya constitucionalidad se cuestionaba en este caso. Es hora ya de reconocer al artículo 23.2 su verdadero significado también en la *praxis*.

Digo esto porque parece que la jurisprudencia constitucional que interpreta este precepto resuelve al margen de una regla general de argumenta-

(15) Vid. RIVERO YSERN/DOMÍNGUEZ-BERRUETA, *Transferencia de funcionarios a las Comunidades Autónomas: El régimen de los funcionarios transferidos a la Comunidad Autónoma de Castilla y León*, «REALA», núm. 232 (1986).

(16) TORNOS MAS, *La función pública en las Comunidades Autónomas (Condicionantes previos y marco normativo de la potestad legislativa autonómica)*, «RVAP», núm. 7 (1983).

(17) Cfr. ESCUÍN PALOP, *El acceso del personal y la provisión de puestos de trabajo en la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, INAP, Madrid, 1986, pág. 101.

ción y sin atender a las raíces del problema, que se encuentran en el abuso de la figura excepcional del interino. Los criterios empleados por la STC de 11 de febrero de 1999, por ejemplo, no son definitivos en otras Sentencias precedentes que interpretan el mismo precepto de la Constitución: la prohibición del sistema de mochila fue probablemente vulnerada en el caso de la aplicación de la LOGSE en Andalucía y, sin embargo, se admitió por no ser efectivamente un proceso restringido; igualmente se exceptuó la exigencia de que el proceso tuviera lugar por una sola vez en el caso de la LOGSE, ya que se contemplaban tres convocatorias en un plazo de diez años (18). Tantos criterios (límites temporales, excepcionalidades, proporcionalidades) al final sirven para poco, quedando la impresión de que se trata de responder a una situación de hecho, y los criterios generales no son válidos porque al intentar proyectar unos u otros a casos semejantes, nunca idénticos, se llegaría a resultados dispares, contradictorios y, probablemente, no deseados por las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad (19).

En estas condiciones sería tal vez más coherente apelar a la potestad organizatoria de la Administración autonómica y decir que una de sus manifestaciones es la regulación de los sistemas de selección de su personal, pues realmente en la valoración del mérito y la capacidad es el propio legislador autonómico y, más adelante, los órganos de selección quienes deciden el perfil de los sujetos que deben acceder a las funciones públicas. Como es bien sabido, muy difícilmente entrará el Tribunal Constitucional a discutir estas valoraciones, siempre y cuando no se formulen *ad personam*, sino en términos abstractos y generales (20); tampoco entrarán, salvo en casos excepcionales, los Tribunales de lo contencioso a revisar las valoraciones de las comisiones de selección (21). Claro está que estas deferencias favorecen una política de patronazgo y clientelismo político en la fun-

(18) El Fundamento Jurídico quinto de la STC 185/1994 rechazaba la inconstitucionalidad de las tres convocatorias y los diez años dando las siguientes razones: «... aun persiguiendo la reforma global y en profundidad del sistema educativo, el legislador ha querido alcanzar este objetivo de forma progresiva y escalonada; y a este fin ha fijado un calendario temporal de diez años para la aplicación total de la Ley. Por consiguiente, cabe admitir que la finalidad de normalización del personal interino al servicio de las Administraciones educativas se ha acompasado a las propias previsiones temporales de la reforma y a los recursos disponibles. Y ninguna tacha merece esta decisión si con las sucesivas convocatorias se pretende no sólo adecuarse al propio ritmo de la reforma sino hacer posible una evaluación progresiva de los efectos de aplicación del sistema».

(19) Vid. algunas observaciones críticas sobre la doctrina constitucional en materia de procesos restringidos en MARTÍNEZ DE PISÓN, *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*, Civitas, Madrid, 1995.

(20) La STC 50/1986 afirma en su Fundamento Jurídico cuarto que «la exigencia así considerada en sus propios términos derivada del artículo 23.2 de la Constitución española es la de que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos y funciones públicas y, entre tales reglas, las convocatorias de concursos y oposiciones se establezcan en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas».

(21) La STC 34/1995 advierte de «la legitimidad del respeto a lo que se ha llamado "discrecionalidad técnica" de los órganos de la Administración, en cuanto promueven y aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados, requeridos por la naturaleza de la actividad desplegada por el órgano administrativo».

ción pública, que puede no ser deseable ni adecuada en el marco de la Constitución (22).

En cualquier caso, lo que no termina de ser aceptable es que la regla (selección del personal en condiciones de igualdad en convocatorias públicas) se haya convertido durante tanto tiempo en la excepción, trastornándose así el sistema de mérito y capacidad que la Constitución pretende consagrar. Todo ello como consecuencia de hechos consumados que obligan a excepcionar la vigencia del principio de igualdad, como se reconoce en un párrafo del Profesor GARRIDO FALLA, ponente de la Sentencia aquí estudiada, incluido en sus comentarios a la Constitución de 1978, en su análisis del artículo 103.3 y en las reflexiones que hace en torno a los principios de mérito y capacidad: «No es la primera vez que defiendo que las oposiciones son la única institución democrática que tradicionalmente ha venido funcionando en nuestro país; y cada vez estoy más convencido de ello. No se trata simplemente de decir que se nombra a alguien funcionario porque tiene más méritos; hay que establecer un sistema de comprobación de esos méritos y repito que ese sistema son las oposiciones. ¿Que en las oposiciones a determinados cuerpos se prime demasiado la memoria o la facilidad de palabra, frente a otros méritos que quizás sean más importantes y que no salen a la luz? Bien, esto es un problema secundario; es un problema de organización del sistema, de organización de las oposiciones. Hay muchos tipos de oposiciones, desde las oposiciones a cátedras a las de notarías, que no se parecen nada entre sí. ¿Cuál es el mejor sistema? Esta es otra historia, pero lo que no se puede es destruir el sistema por el hecho de que efectivamente haya oposiciones que deban reformarse; por el hecho, incluso, de que *a veces hay que saltarse el sistema, porque hay una serie de situaciones en la Administración —me refiero concretamente al conocido problema de los interinos de veinte o treinta años de servicio— en las que hay que buscar la excepción de la regla.* Pero no suprimamos las oposiciones, porque entonces desmontamos uno de los elementos básicos de ambas cosas, de la profesionalización de la Administración Pública y de la democratización —repito— de la función pública» (23). La cursiva, por supuesto, es mía, aunque creo que el texto habla por sí solo.

(22) Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *¿Funcionarios públicos por gracia de partido? Consideraciones en torno a las relaciones entre funcionarios públicos y partidos políticos*, núm. 39 de esta REVISTA (1962).

(23) GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 1042.