

EL DERECHO AL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN CONDICIONES DE IGUALDAD (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

Carmen CHINCHILLA MARÍN

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El ámbito de aplicación del artículo 23.2 de la Constitución: ¿resulta aplicable este precepto a todos los supuestos de acceso al trabajo en las administraciones públicas o sólo al acceso a plazas de funcionarios?* III. *Naturaleza y contenido del derecho a tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas.* IV. *Los límites al control de las valoraciones realizadas por las comisiones calificadoras de las pruebas de acceso: la discrecionalidad técnica.*

I. INTRODUCCIÓN

Todos los ciudadanos, al ser iguales ante la ley, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos según su capacidad y sin otra distinción que sus virtudes y talentos.

Con la cita literal del artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, he querido poner de relieve la importancia de un derecho que aparece formulado por vez primera en este importante e histórico texto de finales del siglo XVIII, que se ha ido consolidando a lo largo del tiempo y países, y que como tal derecho figura hoy en la mayor parte de los textos internacionales (artículo 21.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹ y artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Ci-

¹ “...toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país...”.

viles y Políticos²) y de las Constituciones vigentes, incluida la nuestra, de 1978. En efecto, de acuerdo con el artículo 23.2 de la Constitución española (CE):

Asimismo, [los ciudadanos] tienen derecho a tener acceso en condiciones de igualdad en las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

Aunque mi intervención se centrará en el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental a tener acceso en condiciones de igualdad a la función pública (artículo 23.2, CE), dicho estudio no puede hacerse de espaldas a una realidad, cual es la de que, junto a los funcionarios, que es a quienes, en principio, se refiere el artículo 23.2, CE, existen en las administraciones públicas trabajadores con contrato laboral, y que, al igual que los funcionarios, pueden tener una relación laboral fija e indefinida con el empresario que son, en estos casos, las administraciones públicas. No se trata de estudiar aquí el sentido de esta dualidad de relaciones de empleo público, ni tampoco las diferencias y semejanzas entre una —la estatutaria— y otra —la laboral—, sino solamente de completar el estudio del derecho al acceso a la función pública con alguna referencia al régimen jurídico del acceso al empleo público cuando éste se hace a través de contratos laborales. Es claro que las administraciones públicas tienen que seleccionar a sus funcionarios con estricto respeto al principio de igualdad, de acuerdo con criterios de mérito y capacidad, pero no está tan claro que tengan que hacerlo cuando incorporan a su organización a empleados con contrato laboral. En estos casos, puesto que la norma que rige estos contratos es el Estatuto de los Trabajadores, ¿actúan las administraciones públicas como un empresario cualquiera o tienen limitaciones o sujeciones especiales?

La respuesta a esta pregunta viene dada por una idea que es común a otras muchas cuestiones que se plantean en relación con las administraciones públicas. Me refiero a la singularidad o especialidad del Derecho —en mayúscula y sin adjetivaciones, esto es, público o privado— o de cualquier norma que regule cualquier manifestación o esfera de la actuación de

² “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

las administraciones públicas. Dicha singularidad deriva de tres factores que de forma esquematizada podrían resumirse de la manera siguiente: lo que hace la administración; el cómo lo hace; y el con qué lo hace.

Lo que hace la administración —por imperativo constitucional (artículo 103.1)— es servir a los intereses generales con objetividad y eficacia. *El cómo lo hace*, según establece el mismo precepto constitucional, es con sometimiento pleno a la ley y el derecho, en el sentido de bloque de la legalidad, esto es, no a una sola ley, no solamente a las leyes administrativas o a las leyes escritas, sino al conjunto del ordenamiento jurídico, y además, de acuerdo con un mecanismo, también singular, es decir, lo que ha venido en denominarse vinculación positiva a la ley, consistente, como es sabido, en que, a diferencia de lo que ocurre con los particulares, la relación de la administración con la ley no es la de poder hacer todo lo que la ley no le prohíba, sino en poder hacer sólo lo que la ley le permita o sólo aquello para lo que la ley le habilite. Por último, *el con qué lo hace* está claro, y es un dato esencial: con el dinero de todos los ciudadanos, esto es, con cargo a los presupuestos generales y a los fondos de la Hacienda pública.

Bajo esta perspectiva ha de contemplarse, en mi opinión, el mundo de las administraciones públicas, todo su mundo. El mundo de los bienes, por ejemplo, respecto del cual se nos dice —y los profesores repetimos con inercia acrítica a nuestros alumnos— que las administraciones tienen dos tipos de propiedad, la pública y la privada, pero sabemos, sin embargo, que la propiedad privada del Estado no es una verdadera propiedad privada; y no está regulada por el Código Civil, sino por el derecho público de la propiedad privada del Estado, esto es, el derecho administrativo de los patrimonios públicos. Como también explicamos que los contratos de las administraciones pertenecen al tronco común de los contratos, pero sabemos que su regulación es también específica y singular, y que son muchas las diferencias que los separan de los contratos privados. Y así ocurre, también, finalmente, con el empleo público, término que alude a la existencia de dos tipos de trabajadores al servicio de las administraciones públicas: los funcionarios y los contratados laborales.

Pues bien, el empleo público constituye un buen ejemplo de que nada que concierna a las administraciones públicas puede ser privado o estar enteramente regulado por el derecho privado. Esto es lo que explica que el acceso al trabajo, en el seno de las administraciones públicas, se rija por el principio de igualdad y, en consecuencia, por las reglas de publicidad, mérito y capacidad, y ello con independencia de cuál sea la naturaleza de

la relación —estatutaria o laboral— que se constituya. Así lo establece clara y rotundamente el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, LMRFP (“...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”. Ahora bien, curiosamente, estos principios o reglas comunes que rigen el acceso al empleo público —publicidad, igualdad, mérito y capacidad— derivan, como se expondrá más adelante, de preceptos constitucionales diferentes, según se trate de la función pública, en sentido estricto, o de las relaciones laborales con la administración.

Por eso, lo primero que debemos determinar es el ámbito de aplicación del artículo 23.2, CE, que consagra el derecho fundamental a tener acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad. O dicho de otra manera, ¿resulta aplicable este precepto a todos los supuestos de acceso al trabajo en las administraciones públicas, o, por el contrario, lo es solamente por referencia a la función pública?

II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 23.2 DE LA CONSTITUCIÓN: ¿RESULTA APLICABLE ESTE PRECEPTO A TODOS LOS SUPUESTOS DE ACCESO AL TRABAJO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS O SÓLO AL ACCESO A PLAZAS DE FUNCIONARIOS?

Lo primero que debe quedar claro es que el régimen de acceso al empleo público, ya sea funcional o laboral, está presidido por el derecho a tener acceso al mismo en condiciones de igualdad y por los principios de mérito y capacidad. El artículo 19.1 de la LMRFP, como ya hemos visto, es claro al establecer:

Las administraciones públicas seleccionan su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad.

Ninguna duda cabe de que esta es una exigencia legal, pero la pregunta es si la garantía de objetividad, expresada en esos cuatro principios —igual-

dad, mérito, capacidad y publicidad— es una exigencia sólo de la ley o lo es también de la Constitución. O formulada en otros términos, si existe un *derecho fundamental* a tener acceso al trabajo público, sin adjetivaciones, en condiciones de igualdad, y sin otra distinción —como decía hace más de dos siglos la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano— que “las virtudes y talentos” que se tengan o si, por el contrario, ese derecho fundamental sólo es referible al acceso a la función pública en el sentido estricto del término.

La respuesta a la cuestión planteada viene dada por la propia jurisprudencia constitucional, de acuerdo con la cual puede concluirse que el artículo 23.2, CE, es aplicable *sólo a los funcionarios* en sentido estricto, con exclusión, pues, del personal laboral al servicio de las administraciones públicas.

Así se deduce claramente del ATC 837/1985, dictado en un recurso de amparo referido al cese del director del Conservatorio de Música “Pablo Sarasate” del Ayuntamiento de Pamplona. El Tribunal Constitucional, que inadmitió el recurso de amparo, sostuvo que la Dirección del Conservatorio ni era un cargo público, ni constituía una función pública, y que, ligada con el Patronato del Conservatorio mediante una relación de contrato de trabajo, queda del todo al margen del ámbito protegido por el artículo 23.2, CE.

Pero será en sus sentencias 281/1993 y 186/1996, donde el Tribunal Constitucional dejará sentada su interpretación acerca del ámbito de aplicación del artículo 23.2, CE, al decir lo siguiente:

El derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2, CE, no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las administraciones públicas, de manera que el trato discriminatorio denunciado sólo podría conculcar el principio general de igualdad establecido en el artículo 14, CE, del que el artículo 23.2 no es sino una concreción específica en relación con el ámbito de los cargos y funciones públicas (STC 281/1993).

O que

El derecho reconocido por el artículo 23.2, CE, se refiere al acceso a las funciones y cargos públicos y no, obviamente, a los que deriven de una relación laboral, y menos aún si ésta, como en el caso ocurre, tenía su fundamento en un contrato de trabajo temporal” (STC 186/1996).

Frente a la rotundidad de estas afirmaciones cabe hacer las siguientes consideraciones. En primer lugar, entiendo que la inaplicación del artículo 23.2, CE, al acceso al empleo público, cuando se trata de contratados laborales, no tiene tanta trascendencia en la práctica, desde el momento en que el Tribunal Constitucional termina reconduciendo estas cuestiones al artículo 14, CE, y resolviendo los recursos de amparo que plantean los contratados laborales de forma sustancialmente idéntica a como lo hace cuando aplica el artículo 23.2 en supuestos de acceso a la función pública. Por otro lado, y en segundo lugar, la afirmación según la cual el artículo 23.2, CE, no resulta de aplicación al acceso al empleo público cuando se trata de contratados laborales, choca, en cierto modo, con la doctrina sentada en diversos Autos y Sentencias del Tribunal, según la cual el personal laboral al servicio de las administraciones públicas —es decir, a ese que no se le aplica el artículo 23.2, CE— no puede equipararse ni regirse, sin embargo, por las mismas reglas que la contratación entre particulares, ya que “el carácter de administración pública es por sí mismo factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (artículos 23.2 y 103.3, CE) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de las administraciones públicas” (AATC 100/1988; 858/1988, 273/1990; 205/1990 y STC 186/1986).

En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, el hecho de excluir a los laborales del derecho garantizado en el artículo 23.2, CE, debería tener importantes consecuencias prácticas, porque la protección que deriva del artículo 23.2, CE, es distinta y más amplia que la derivada del artículo 14, pues mientras este precepto prohíbe la discriminación producida o derivada de las circunstancias por él enunciadas: nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, el artículo 23 garantiza el derecho a tener acceso a la función pública en condiciones de igualdad, entendiendo por tales, según ha manifestado el propio Tribunal Constitucional, las condiciones de mérito y capacidad previamente fijadas. Es cierto que el artículo 14, CE, se ha interpretado a veces muy generosamente, pero no tanto como para entender que su alcance es idéntico al de un precepto —el artículo 23.2, CE— que, en principio, permitiría —y uso el condicional porque tendremos ocasión de ver que no es exactamente así— considerar contraria a la Constitución —por infracción de su artículo 23.2— la resolución de un procedimiento de selección de funcionarios por el solo hecho de no regirse por las reglas del mérito y

la capacidad expresadas en las bases o condiciones que, con carácter previo a la resolución del procedimiento, se han establecido como una suerte de “reglas del juego”.

Es decir, el artículo 23.2, CE, en mi opinión, tiene un ámbito de protección más amplio que el artículo 14, CE, ya que, mientras que este segundo precepto prohíbe la discriminación por razón de las circunstancias personales o sociales de un sujeto, el artículo 23.2, CE, garantiza el derecho a tener acceso a la función pública en condiciones de igualdad, con los requisitos que señalen las leyes. Si esto es así, en teoría ello tendría que suponer una menor protección constitucional —que no legal— al acceso del personal laboral al empleo público, que determinaría probablemente que el mero principio de igualdad no hubiera sido suficiente para dar cobertura a muchas pretensiones ejercidas en amparo. Sin embargo, y esta es la paradoja que quiero poner de relieve, el énfasis que pone el Tribunal Constitucional a la hora de negar la aplicación del artículo 23.2, CE (... “se refiere al acceso a las funciones públicas *y no, obviamente, a las relaciones laborales*”) se desvanece y se revela casi un juego de artificio cuando comprobamos que dicho esto, el Tribunal se sitúa en la perspectiva del artículo 14, CE (... “ya desde la perspectiva del artículo 14, CE”, dice en su STC 281/1993), para, a continuación, resolver el recurso de amparo de manera idéntica a como lo hubiera hecho si se tratase de un supuesto en el que, por estar en juego, el acceso a la función pública, resultaría de aplicación el artículo 23.2, CE.

La Sentencia que acabo de citar es un buen ejemplo de lo que trato de decir. En aquel caso se habían impugnado las bases establecidas por el Ayuntamiento de Leganés para proveer, por el procedimiento de concurso de méritos, siete plazas de Administrativos de la plantilla del personal laboral en ese Ayuntamiento. Los recurrentes entendieron que se vulneraba el artículo 23.2, CE, en relación con el 14, CE, por el hecho de que de los 41 puntos que podían obtenerse, 20 se concedían por la sola circunstancia de haber desempeñado accidental o temporalmente, precisamente, en el Ayuntamiento de Leganés, la categoría objeto de la convocatoria.

El Tribunal Constitucional calificó de abiertamente contrario al principio de igualdad el hecho de que en un concurso de méritos se primase “desafortadamente y de manera desproporcionada —y con la consecuencia de hacerlo determinante del resultado último del concurso— la experiencia representada por el desempeño de una determinada categoría (la de los puestos convocados) en un determinado Ayuntamiento (el convocante)”.

La imposibilidad de que los veinte puntos concedidos por este concepto pudieran ser obtenidos por quienes hubiesen ocupado puestos idénticos en otras Corporaciones —concluye el Tribunal— pone de manifiesto que no se trataba tanto de favorecer la experiencia en la categoría ofertada, cuando de primar, exclusivamente, a quienes venían ocupando interinamente las plazas en disputa.³ En consecuencia, el Tribunal estimó el amparo; reconoció el derecho de los recurrentes a no ser discriminados; anuló la convocatoria, retrotrayendo las actuaciones al momento de fijar las bases de la convocatoria “que deberán respetar el principio de igualdad”, como se decía literalmente en el Fallo, y anuló la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que había estimado legales las bases impugnadas.

La segunda cuestión que he planteado es la de la contradicción que supone el hecho de negar —insisto, enfáticamente, y sin otra justificación que no sea la de la interpretación gramatical del término “funciones públicas” por lo demás muy discutible— la aplicación del artículo 23.2, CE, al acceso al empleo público por los laborales, por un lado, pero al mismo tiempo rechazar que a la administración pueda aplicársele el mismo derecho que rige la contratación entre privados, es decir, el derecho del trabajo. Y todo ello, y esto es lo sorprendente, con base en que *existen principios constitucionales* —y el Tribunal Constitucional cita expresamente los artículos 23.2 y 103, CE (ATC 858/1988)— que así lo impiden.

Especialmente significativo al respecto me parece el ATC 205/1990, en el que el Tribunal inadmitió el recurso de amparo interpuesto por la Diputación de Granada por vulneración del artículo 23.2, CE, que la Diputación estimaba vulnerado por la Sentencia del TSJ de Andalucía que le obliga a readmitir y a integrar en sus plantillas a dos trabajadores que no habían ingresado de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, abriéndose así —alegaba la Diputación— una puerta de acceso a la función pública sin que se atiende a tales principios.

³ El cumplimiento de esta Sentencia del Tribunal Constitucional dio lugar a un nuevo recurso contencioso-administrativo, ya que el Ayuntamiento de Leganés, después de anular los nombramientos de las personas que resultaron designadas de acuerdo con las bases posteriormente anuladas por el Tribunal Constitucional, contrató de nuevo a estas mismas personas como interinos. Frente a esos nuevos contratos se solicitó la revisión de oficio, y el Ayuntamiento no la tramitó. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia de 29 de septiembre de 2001 (R. 108158), condenó al Ayuntamiento de Leganés a tramitar y a resolver la solicitud de revisión de oficio.

Aparte del hecho de que el Tribunal niega que la Diputación esté legitimada para interponer el recurso de amparo, por no ser titular del derecho presuntamente vulnerado (“pues únicamente los ciudadanos, y sólo ellos, son los titulares del derecho a tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas”, dirá el Tribunal), el Auto contiene un pronunciamiento, en su Fundamento jurídico 5, que merece la pena transcribir, por lo que dice, y, sobre todo, por cómo lo dice, ya que, en mi opinión, pone una vez más de relieve la ambigüedad en la que, a veces, se mueve el Tribunal Constitucional:

A partir de los artículos 103 y 106 de la CE, y del régimen jurídico vigente en materia de acceso del personal a la administración pública, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo [aquí está, en mi opinión, la ambigüedad, ya que el Tribunal Constitucional dice que “es doctrina del Tribunal Supremo”, pero no sabemos si lo es también suya] que la atribución con contrato indefinido de un puesto de trabajo en cualquiera de las administraciones públicas ya sea funcionario o laboral, ha de llevarse a cabo mediante una oferta pública de empleo a través de un sistema basado en los principios de mérito y capacidad como garantía del derecho de todos los ciudadanos a tener acceso en condiciones de igualdad al empleo público, de forma que convertir una relación temporal en una relación laboral a tiempo indefinido, sin cumplir las exigencias y requisitos que con carácter general vienen impuestos para estabilizar una relación jurídica permanente de prestación de servicios con alguna de las administraciones públicas, conllevaría una forma fraudulenta de ingreso en el empleo público, causaría daños significativos al interés general y determinaría perjuicios y discriminación respecto a quienes se someterían con gusto a las pruebas de ingreso legalmente establecidas si no fueran privados de tal oportunidad.

Así, pues, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, impiden que pueda convertirse una relación temporal en una relación laboral a tiempo indefinido. Pero eso sí, sobre la base de que se trata de principios *legales*, y de que esa es la doctrina del Tribunal Supremo, que no necesariamente la del Tribunal Constitucional.

En términos parecidos se expresa la Sentencia 186/1996 (despido del recurrente, que tenía un contrato de trabajo temporal de monitor-socorrista con el Ayuntamiento de Llodio), en la que el Tribunal Constitucional rechaza la alegación del recurrente de que las sentencias recurridas, aun admitiendo su pretensión, se habían limitado a declarar el despido improce-

dente, permitiendo a la administración la opción de indemnizarlo, vulnerando con ello el artículo 23.2, CE. El Tribunal dice: “no puede estimarse esta alegación y no sólo por la razón que la corporación aduce, en el plano de la legalidad, de que no es posible consolidar en la administración un empleo funcional si no es por medio de los procedimientos reglados de acceso a la función pública”.

Así, pues, de nuevo el Tribunal se toma sus precauciones, de un lado poniendo por delante que ese es el argumento de la corporación, aunque, esta vez creo que sí que lo asume claramente; y, de otro lado, insistiendo en que es un argumento de legalidad, esto es, que ese es un impedimento que impone o se deriva de la ley, y no de la Constitución.

El sistema de dualidad de regímenes jurídicos en el ámbito del empleo público plantea numerosos problemas, algunos de ellos de muy difícil resolución, como es el que suscita la aplicación del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores sanciona las irregularidades cometidas por el empresario en la contratación temporal de trabajadores con la conversión del contrato de trabajo —temporal— en indefinido. Sin embargo, en mi opinión, es claro que el hecho de que sea la administración pública la que contrata impide que se le aplique —al menos en idénticos términos que a un empresario privado— el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, sancionando la irregularidad en la contratación de un trabajador temporal con la conversión de su contrato en un contrato indefinido y convirtiendo a dicho trabajador en un trabajador fijo de plantilla. Creo que hay algunas razones para sostener todo lo que acabo de decir. En primer lugar, el artículo 103, apartado 1o. —que no apartado 3o.— de la CE, que impone a la administración un mandato: el de servir con objetividad y eficacia a los intereses generales. Pues bien, no responde a esa finalidad de servir a los intereses generales, con objetividad y eficacia, el hecho de que una persona sea integrada con carácter fijo en la organización administrativa, en castigo a las irregularidades cometidas por el empresario-administración, y no en atención a sus virtudes y talentos, como decía la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano o, si queremos decirlo con terminología moderna, en atención a sus méritos y capacidad.

Por otro lado, está el artículo 14 —ya que no podemos utilizar el 23.2—, esto es, el derecho de *todos* los ciudadanos a tener acceso, también con carácter indefinido, a un empleo público, en condiciones de igualdad. Con-

solidar, con carácter fijo, un empleo público, por la vía del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, y sin haberse sometido a un procedimiento de selección público y regido por criterios de mérito y capacidad, rompe el criterio de la igualdad en el acceso a los empleos públicos.

Habría todavía dos razones más. Por un lado, el hecho de que la administración paga a sus empleados con el dinero de todos, lo que implica que la lógica o la finalidad sancionadora del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores (que sanciona, así, las irregularidades del empresario privado y protege al trabajador) no puede operar de la misma forma en el ámbito de lo público. Y, por otro, está el hecho de que toda actuación administrativa tiene que ser adecuada a los fines que la justifican. Es lo que denominamos el elemento causal o teleológico de los actos administrativos, que tiene en la desviación de poder su sanción correspondiente. Pues bien, entiendo que la selección por parte de la administración de su personal no puede obedecer a otra finalidad que elegir al mejor, porque sólo así servirá con eficacia a los intereses generales. El ingreso en la administración pública por otra causa o motivo que no sea la selección, en términos de igualdad, y, por ende, con concurrencia, de la persona, no sólo adecuada, sino la más adecuada, podría viciar esa actuación administrativa de desviación de poder.

No es de extrañar, por ello, que el Tribunal Supremo, concretamente la Sala de lo Social, haya venido manteniendo, durante años, una doctrina cambiante al respecto y que resume, perfectamente, en mi opinión, la Sentencia de 20 de enero de 1998 (R. 1998\1000), dictada en un recurso de casación para unificación de doctrina y que cuenta, no obstante, con el voto particular de cinco magistrados, lo que pone de manifiesto lo controvertido de esta cuestión. En la citada Sentencia, y después de distinguir hasta cuatro etapas diferentes en la evolución de la jurisprudencia sobre la contratación irregular de las administraciones públicas, y todo ello en un periodo de 10 años, se concluye que un contratado laboral, que lo ha sido al margen de las reglas de publicidad, mérito y capacidad, no puede convertirse en un trabajador fijo, pero, dado que el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores resulta de aplicación a las administraciones públicas y, puesto que alguna consecuencia ha de tener el hecho de que el empresario-administración pública haya contratado irregularmente a sus trabajadores, esa consecuencia es que el trabajador contratado temporalmente, al margen de los procedimientos de selección que impone la Ley, se convierte en un trabajador con “contrato indefinido”, concepto que el Tribunal Supre-

mo crea para dar solución a este conflicto y que explica diciendo que es aquel que no está sometido a un término (por eso es indefinido), pero que no es fijo, ya que la administración tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para la provisión regular de ese puesto de trabajo, de tal manera que, una vez que, seguido el procedimiento adecuado, se cubra esa plaza, existirá una causa lícita para extinguir el contrato.

Esta ha sido, vistos los votos particulares, por el momento, la solución que nuestro Tribunal Supremo ha dado a lo que parecía un callejón sin salida o una contradicción irresoluble, consistente en afirmar, al mismo tiempo, que el empresario-administración pública está sometido al Estatuto de los Trabajadores pero que no puede estarlo en su integridad y con todas sus consecuencias, pues ello implicaría la violación de los principios esenciales que rigen la actuación de las administraciones públicas.⁴

⁴ En el fundamento de derecho 3o. de la Sentencia se exponen las importantes razones que sirven de fundamento a esta importante Sentencia. Así, puede leerse, entre otras cosas, que las normas que obligan a las administraciones públicas a contratar a sus trabajadores con sujeción a los mismos principios y reglas que a sus funcionarios (artículo 19 de la Ley 30/1984 y sus disposiciones de desarrollo) "...sitúan a las administraciones públicas en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcional, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público..., ya que las disposiciones en concurrencia obedecen a objetivos y principios inspiradores distintos e incluso contradictorios. El ordenamiento laboral parte en este punto de la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaleciendo de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada. El ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la administración pública al servicio de los intereses generales. Mientras que en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social, en un ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación del empresario, en el segundo estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional y de ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia, pues el efecto que la ley impone cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la adquisición de la fijeza... Ante la existencia de una concurrencia conflictiva debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las administraciones públicas y a los intereses que con aquélla se tutelan... Así lo

Dicho todo ello, paso a exponer, a continuación, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a tener acceso en condiciones de igualdad a la función pública que consagra, con naturaleza y rango de derecho fundamental, el artículo 23.2 de nuestra Constitución.

III. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO A TENER ACCESO EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LAS FUNCIONES PÚBLICAS

1. *El artículo 23.2 CE es una concreción del artículo 14 CE y debe interpretarse de acuerdo con el artículo 103.3 CE*

El artículo 23.2 CE establece:

Asimismo, [los ciudadanos] tienen derecho a tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

De acuerdo con el artículo 14:

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Finalmente, el artículo 103.3, CE dispone:

La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

Según jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional, el artículo 23.2, CE es una concreción, en el ámbito de la función pública, del derecho a la

apreció el Tribunal Constitucional en el Auto 858/1988, de 4 de julio, que afirma que “es evidente que la contratación de personal por la administración pública no debe verse sujeta, por imperativo del artículo 14 de la Constitución española, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de administración pública es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (artículos 23.2 y 103.3) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la administración”.

igualdad, y en este sentido ha venido sosteniendo que “cuando se invocan simultáneamente los artículos 14 y 23.2 de la CE las supuestas violaciones de aquél quedan subsumidas en las más concretas de éste, salvo que la discriminación impugnada concierna a alguno de los criterios explícitamente proscritos en el artículo 14 (SSTC 50/1986, 84/1987, 27/1991, 217/1992 y 293/1993, entre otras). Asimismo, y sobre esta relación de concreción —de lo general a lo particular— que existe entre los artículos 23.2 y 14, CE, el Tribunal ha manifestado:

La prohibición de discriminación, enunciada con carácter general en el artículo 14, CE, y concretamente en cuanto al acceso y a la permanencia en los cargos y funciones públicas, en el artículo 23.2, CE, responde a uno de los valores superiores que según la Constitución han de inspirar el ordenamiento jurídico español, el valor de la igualdad (artículo 1.1). El derecho a la igualdad tiene así un carácter general que comprende a los servidores públicos y actúa, en el acceso a la función pública, y a lo largo de la duración de la relación funcional, de modo que los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público o una vez incorporados a la función pública (SSTC 75/1983 y 37/2004).

Así, pues, según el Tribunal Constitucional, el derecho que consagra el artículo 23.2, CE, no es sino el derecho a la igualdad, esto es, el derecho a no sufrir discriminación, pero referido al ámbito concreto de la función pública; derecho que, además, se garantiza no sólo en el momento del acceso a la misma, sino también, aunque con menor alcance e intensidad (SSTC 75/1983, 15/1988, 47/1989, 192/1991, 200/1991, entre otras muchas), a lo largo de la carrera funcional.

Para completar la definición constitucional del derecho a tener acceso a la función pública en condiciones de igualdad es necesario acudir a otro precepto de la Constitución, el artículo 103.3, en relación con el cual el Tribunal ha mantenido, también de forma reiterada, lo siguiente:

Esta igualdad que la ley ha de garantizar en el acceso a las funciones públicas tiene, por otra parte, un contenido material que se traduce en determinados condicionamientos del proceso selectivo y, de manera especialmente relevante, el que las condiciones y requisitos sean referibles a los principios de mérito y capacidad, pues, aunque la exigencia de que el acceso a la función pública se haga conforme a los mencionados principios figura en el artículo 103.3, CE, y no en el artículo 23.2, CE, la necesaria relación

recíproca entre ambos preceptos constitucionales, que una interpretación sistemática no puede desconocer, autoriza a concluir que, además de la definición genérica de los requisitos o condiciones necesarias para aspirar a los distintos cargos y funciones, el artículo 23.2, CE, impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad” (por todas, STC 138/2000).

Así, pues, de acuerdo con lo expuesto podemos concluir que la Constitución garantiza el derecho a que los procedimientos a través de los cuales se lleve a cabo la selección de los funcionarios públicos, se rijan por criterios que deben cumplir dos condiciones: i) que no establezcan diferencias, no justificadas, entre ciudadanos y ii) y que estén referidos, exclusivamente, a condiciones de mérito y capacidad.

2. *El artículo 23.2, CE, reconoce un derecho de configuración legal que atribuye un derecho reaccional para impugnar toda norma o la aplicación de la misma que quiebre el principio de igualdad*

El Tribunal Constitucional ha reiterado que el artículo 23.2, CE, no confiere derecho alguno a desempeñar funciones determinadas, ni siquiera el derecho a proponerse como candidato a las mismas (por todas, STC 138/2000), sino que reconoce *un derecho de configuración legal*, que otorga al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, si bien con el límite de que dicha regulación, i) no se haga en términos concretos o individualizados y ii) establezca requisitos que respondan única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad (SSTC 27/1991 y 185/1994).

Así, pues, lo que la Constitución consagra no es el derecho a ocupar un determinado puesto de trabajo o a desempeñar una función pública determinada, sino el derecho a no ser discriminado o a no sufrir un trato desigual no fundado en razones objetivas y razonables en el acceso a las funciones públicas. Es, por tanto, un derecho *per relationem*, es decir, y tal y como lo ha definido el Tribunal Constitucional, un derecho “cuya existencia sólo cobra sentido en relación con el procedimiento que normativamente se hubiese establecido para tener acceso a determinados cargos públicos” (SSTC 50/1986 y 115/1996).

Lo que este derecho garantiza, en consecuencia, es i) que se permita la participación de todos los ciudadanos que reúnan los requisitos exigidos para ello en los procesos selectivos para el empleo público; ii) que no se exijan ni se tomen en consideración requisitos o condiciones que no sean referibles a los conceptos de mérito y capacidad, y iii) que, en atención a dichos criterios, y sólo a esos criterios, los seleccionados sean los candidatos más capacitados y meritorios (SSTC 50/1986; 148/1986; 193/1987; 206/1988; 67/1989; 215/1991 y 353/1993). No, en cambio, que éstos sean necesariamente seleccionados, pues el proceso de selección puede quedar desierto sin que ello suponga infracción del artículo 23.2, CE, pues, como hemos dicho, el precepto constitucional en cuestión no garantiza el derecho a obtener la plaza, sino a participar en los concursos en condiciones de igualdad, y de acuerdo con los criterios de mérito y capacidad.

De acuerdo con ello, puede decirse, y así lo ha reiterado el Tribunal Constitucional, que el artículo 23.2, CE, lo que otorga es *un derecho reaccional* que opera en un doble sentido o en dos momentos distintos: “en primer lugar, respecto de la potestad normativa de configuración del procedimiento de acceso y selección, permitiendo a los ciudadanos la impugnación de aquellas bases contenidas en la convocatoria que desconociendo los aludidos principios de mérito y capacidad establezcan fórmulas manifiestamente discriminatorias.⁵ Pero, en segundo lugar, el derecho del artículo 23.2, CE, también garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública con arreglo a las bases y al procedimiento de selección establecido, garantizando su aplicación por igual a todos los participantes e impidiendo que la administración, mediante la inobservancia o la interpretación indebida de lo dispuesto en la regulación del procedimiento de acceso, establezca diferencias no preestablecidas entre los distintos aspirantes” (STC 115/1996, entre otras).

⁵ En relación con la cuestión de si es requisito para la impugnación del resultado de un procedimiento selectivo el haber impugnado antes las bases de dicho procedimiento, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el hecho de que no se recurran las bases no es obstáculo para plantear, ante el Tribunal Constitucional, un recurso de amparo, por lesión del artículo 23.2, CE, contra los actos de aplicación de dichas bases y por la razón de que aquéllas se consideran inconstitucionales. En estos casos, la vulneración del derecho fundamental tiene su origen en las bases de la convocatoria, pero se consuma en la resolución que pone fin al proceso selectivo, y por ello debe ser examinada por el Tribunal Constitucional (STC 107/2003).

Así, pues, el artículo 23.2, CE, otorga un derecho “de carácter puramente reaccional” para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y, en último extremo, ante el Tribunal Constitucional, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad” (por todas, STC 138/2000).

3. *El derecho a concurrir a los procedimientos de selección con unas bases no discriminatorias no puede desligarse del derecho a tener acceso en condiciones de igualdad a la función pública del que aquél es meramente instrumental, por lo que resulta improcedente pretender una declaración de nulidad, en abstracto, de las bases de un procedimiento*

En los recursos de amparo a los que puso fin la STC 363/1993, los recurrentes habían impugnado los Acuerdos de una serie de ayuntamientos por los que se aprobaban las bases y baremos para los concursos de traslados de secretarios de Ayuntamiento por considerar que, con dichos Acuerdos, los ayuntamientos habían hecho una reserva “*ad personam*” de las respectivas plazas sacadas a concurso, valorando como méritos los que de antemano concurrían en las personas que interinamente ocupaban dichas plazas, las cuales fueron las que terminaron obteniendo los nombramientos definitivos, una vez celebrados los respectivos concursos. El Tribunal desestimó el recurso, sin entrar a examinar la violación constitucional denunciada, por considerar que los recurrentes no habían podido sufrir vulneración alguna en sus derechos porque no tomaron parte en los concursos en cuestión.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido, con carácter general, que en el recurso de amparo no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso, por lo que no cabe llevar a cabo un enjuiciamiento abstracto de las normas, hasta el punto de que, aun suponiendo que las bases y normas de un procedimiento de selección fueran contrarias al artículo 23.2, CE, si el nombramiento definitivo hubiera recaído en la persona que interpone el recurso, con base en el mencionado derecho, no habría lugar a plantearse la reparación del derecho presuntamente vulnerado (SSTC 193/1987 y 363/1993). El carácter “esencialmente subjetivo” de dicho recurso —concluye el Tribunal— permite examinar la constitucionalidad de las disposiciones generales sólo en cuanto *prius*

necesario para determinar si se han violado derechos fundamentales protegibles en esta vía.

Partiendo de esta base, el Tribunal afirma que no es viable la pretensión de obtener, en la vía del recurso de amparo, un pronunciamiento abstracto sobre la constitucionalidad de las bases de un concurso, haciendo caso omiso a las circunstancias concretas que puedan sobrevenir a la impugnación de la convocatoria, tales como los resultados del propio concurso o la actitud de los recurrentes en cuanto a tomar o no parte en el mismo.

En aquel supuesto, el Tribunal requirió expresamente a los recurrentes para que acreditaran dos hechos que resultaban determinantes para la resolución del recurso de amparo: i) si habían concursado a las plazas cuya convocatoria calificaba de discriminatoria y ii) de haberlo hecho, si habían solicitado con preferencia esas plazas. Visto el escrito presentado por los recurrentes, en cumplimiento del requerimiento del Tribunal, resultó que ninguno de ellos acreditó estar en la triple circunstancia de haber concursado a una plaza, haberla solicitado con preferencia respecto de las demás y no haberla obtenido, razón por la cual, concluirá el Tribunal Constitucional, “es imposible hablar de lesión efectiva del derecho garantizado en el artículo 23.2, CE, pues sólo en términos hipotéticos, que no reales, cabría plantearse si la también hipotética exclusión, a favor del funcionario que interinamente ocupaba la plaza, deriva o no de la aplicación de unos baremos específicos confeccionados a la medida de los méritos que concurrían en el funcionario interino que finalmente obtuvo la plaza”.

Esta doctrina, mantenida en las SSTC 193/1987 y 363/1993, parece reiterarse, aunque sin cita expresa de las mismas, en la más reciente STC 107/2003, aunque, quizás, sin concluir con tanta claridad sobre la improcedencia de un examen de fondo sobre la violación denunciada por el recurrente.⁶ En este supuesto, se había recurrido determina resolución que ponía fin a un procedimiento de selección por considerar que era contraria al artículo 23.2, CE, por valorar como mérito los servicios prestados a la

⁶ A pesar de que el Tribunal reconoce que no ha quedado acreditado que el recurrente participase en las pruebas selectivas de que se trataba, da la impresión de que dicha circunstancia sólo es tenida en cuenta para rechazar una de las quejas del recurrente, ya que, en relación con el resto de alegaciones realizadas, el Tribunal entra al examen de fondo de las cuestiones planteadas para terminar rechazándolas por considera que el valor otorgado a los servicios prestados no era desproporcionado ni irracional, por mucho que con ello se otorgara una “sustancial ventaja” a los aspirantes que acreditaran servicios prestados a la administración.

administración. El Tribunal subraya el hecho de que “no consta en las actuaciones la solicitud de participación de la recurrente en las pruebas, por lo que se desconoce, ya que nada se indica al respecto en la demanda de amparo, cuál fue la provincia elegida por aquél como destino posible y el tribunal calificador ante el que se examinó”, y añade que “este extremo no resulta irrelevante”, insistiendo, a continuación, en que “no se justifica que la distribución geográfica de las plazas convocadas haya ocasionado a la recurrente una efectiva lesión del derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad... sin que resulte atendible la invocación de una abstracta discriminación con relación a los funcionarios interinos y al personal laboral eventual que ocupaban plazas”. Y termina diciendo que “la falta de impugnación por la recurrente de las bases en el momento de la convocatoria, aunque no sea obstáculo para examinar en amparo la pretendida vulneración del artículo 23.2, CE, que se alega, no deja de ser un dato a tomar en consideración para el enjuiciamiento que se nos pide, pues pone de relieve cómo la propia demandante no consideraba al presentarse a la convocatoria que el hecho de competir solamente con los aspirantes que hubiesen elegido la misma provincia que ella, fuesen interinos o ‘libres’, supusiese algún tipo de quebranto para su derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad”.

4. *El derecho fundamental a tener acceso a la función pública en condiciones de igualdad tiene un contenido, formal y material, que está integrado por varios elementos*

A. *Derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso*

El Tribunal Constitucional ha establecido (entre otras, SSTC 48/1998, 73/1998, 138/2000) que el artículo 23.2 garantiza el derecho a la fijación *ex ante* de las condiciones para tener acceso a la función pública de conformidad con los principios de igualdad, mérito y capacidad. Dicha garantía tiene i) un contenido formal, consistente en la exigencia de una norma con rango de ley para la predeterminación normativa del procedimiento de acceso, que no puede confundirse con una reserva de ley absoluta, ya que la ley formal puede recabar la colaboración reglamentaria y el recurso a los instrumentos que sean necesarios para su desarrollo y aplicación; y ii) un contenido material, consistente en la imperativa exigencia de predetermi-

nar cuáles serán las condiciones para tener acceso a la función pública según criterios de igualdad, mérito y capacidad. La predeterminación normativa del procedimiento y las condiciones de acceso han de asegurar, según jurisprudencia reiterada del Tribunal, “que el órgano administrativo encargado de valorar a los candidatos no pueda actuar con un excesivo arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el artículo 23.2, CE, lo cual es lo que hace posible, en su caso, el ulterior control jurisdiccional, puesto que el juez —que lo es de la legalidad— tendrá así un criterio con el que contrastar si la actuación administrativa se ha ajustado o no a las condiciones de igualdad, mérito y capacidad previamente establecidas” (por todas, STC 73/1998).

El derecho a la “preexistencia y predeterminación de las condiciones de acceso” no puede ser cuestionado autónomamente en el recurso de amparo, pero sí en conexión con una posible vulneración de las condiciones materiales de igualdad, mérito y capacidad (por todas, STC 73/1998). La aplicación de esta doctrina llevó al Tribunal Constitucional a estimar el recurso de amparo de una profesora de universidad, cuyo nombramiento como profesora titular de Farmacia y tecnología farmacéutica fue anulado por los tribunales ordinarios por no cumplir un requisito o condición —tener experiencia docente— que, a juicio de la recurrente de amparo y también del Tribunal Constitucional, que acogería su pretensión, no estaba establecido en la norma reguladora del proceso selectivo.

En este supuesto, la recurrente en amparo había ganado originariamente el concurso, pero fue impugnada por otro concursante y el Tribunal Superior de Justicia anuló su nombramiento y declaró desierta la plaza por entender que los tres parámetros contenidos en el primero de los criterios fijados y publicados por la Comisión evaluadora del concurso (“formación académica y actividad docente e investigadora”), al aparecer “unidos copulativa y no disyuntivamente”, debían de ser interpretados en el sentido de que la no concurrencia de cualquiera de ellos impediría haber entrado en la valoración de conjunto, de modo que siendo la experiencia docente uno de los parámetros del referido criterio y carecer de la misma la demandante de amparo procedía anular su nombramiento y declarar desierta la plaza objeto del concurso.

El Tribunal Constitucional, partiendo de que el artículo 37.1 de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria, que exige el título de doctor y regula normalmente las características de los dos ejercicios de los que constan estos concursos, no había establecido, como requisito, la experiencia do-

cente de los candidatos, concluye entonces que se ha lesionado el derecho a tener acceso a la función pública en condiciones de igualdad de la recurrente por haberle exigido “un requisito no previsto legalmente y carente de toda cobertura legal, excluyendo, en consecuencia, del goce de un derecho a aquél a quien la ley no excluyó”. Para el Tribunal, “no cabe duda, que la experiencia docente, puede ser uno de los méritos aportados por los candidatos y que ha de ser valorado por la Comisión. Sin embargo, al configurarse como se hace en la Sentencia impugnada, tal mérito o, más precisamente, la carencia del mismo en circunstancia que determina la exclusión del procedimiento selectivo del candidato o candidatos afectados por dicha carencia, la experiencia docente viene a operar, en realidad, no como mérito, junto a otros, sino como un requisito o una condición de acceso al cuerpo docente de profesores titulares de universidad, que como tal requisito o condición de acceso no es contemplado ni exigido por las normas reguladoras de los concursos para la provisión de plazas de profesor titular de universidad”.

En la misma Sentencia, en su fundamento jurídico 7, el Tribunal Constitucional hace una afirmación que conviene poner de relieve para, en su momento, relacionarla con la doctrina que el mismo Tribunal ha mantenido sobre las consecuencias del incumplimiento de las bases de los procedimientos de selección. Dice el Tribunal:

Cierto es, como señala la representación procesal de doña Ma. A. F. N., que la interpretación que efectuó el órgano judicial del mencionado criterio de valoración se ha aplicado por igual a ambas concursantes. Mas tal alegato no excluye en este supuesto la posible lesión del derecho fundamental que se reconoce en el artículo 23.2, CE, ya que la queja de la demandante de amparo no consiste en una supuesta aplicación desigual de las normas reguladoras del procedimiento selectivo, sino en la exigencia para tener acceso a una concreta función pública de un requisito o condición, en su opinión, no previsto en las mismas y carente de toda cobertura legal, como consecuencia de la interpretación judicial de criterios de valoración de la primera de las pruebas del concurso. Tal planteamiento supone, desde la estricta óptica de la igualdad, que el requisito introducido por la interpretación judicial, genera de por sí una posición desigual entre quienes lo cumplen y quienes no, cuando de no haber existido, la posición respecto del acceso hubiera resultado igual.

B. *Las normas reguladoras del proceso selectivo han de asegurar a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas*

La posición o situación de igualdad, que garantiza el artículo 23.2, CE, en relación con el acceso a la función pública, implica, según el Tribunal Constitucional, i) la existencia de un órgano de evaluación técnicamente capacitado (SSTC 215/1991, 174/1996 y 73/1998), ii) la interdicción de requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio o de referencias individualizadas y concretas (SSTC 50/1986, 67/1989, 27/1991, 353/1993, 73/1998 y 138/2000), y (iii) de manera especialmente relevante, que las condiciones y requisitos exigidos sean referibles a los principios de mérito y capacidad, de tal manera que el artículo 23.2, CE, impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad.

- Respecto del criterio, según el cual las reglas y condiciones de acceso deben establecerse en términos generales y abstractos, y no mediante referencias individualizadas y concretas, es decir, sin acepciones ni pretericiones *ad personam*, el Tribunal ha venido manteniendo esta doctrina desde su temprana Sentencia 42/1981, en la que declaró inconstitucional, por infracción de los artículos 14 y 23.2, CE, el artículo 13.2 de la ley catalana de bibliotecas por exigir la obtención del título en un determinado centro y sólo en ese centro —la Escola de Bibliología de Barcelona—. El Tribunal argumentó que no resulta contraria a los artículos citados una norma que diferencie en razón de la capacitación técnica, siempre que “sea adecuada a la naturaleza propia de las tareas a realizar y se establezca con carácter general, esto es, en referencia directa a la posesión de determinados conocimientos, pero no al procedimiento seguido para adquirirlos o al Centro en donde fueron adquiridos, pues cualquiera de esas fórmulas sí implica ya una diferencia no justificada y, en consecuencia, una violación del principio de igualdad.

Esta doctrina ha sido reiterada en numerosas sentencias posteriores, como la 50/86; 148/86; 18/87; 67/89; y más recientemente la 27/91.

- Por el contrario, se ha considerado que *no* se produce una reserva *ad personam* en el supuesto de convocatorias dirigidas exclusivamente

al personal que ya presta servicios en una administración, argumentando que en estos casos no se hace una reserva de funciones públicas para determinadas personas individualmente consideradas, sino que se trata de una referencia innominada a un colectivo definido, en virtud de datos objetivos, de una manera general y abstracta. El que en aplicación de esos criterios objetivos pueda determinarse quiénes están incluidos en ese colectivo no puede entenderse como una determinación legal de personas concretas e individualmente seleccionadas, proscrita por el artículo 23.2, CE. Así lo declaró el Tribunal en su Sentencia 148/1986.

Posteriormente, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse, en numerosas ocasiones, sobre el problema de las denominadas “pruebas restringidas” o “turnos restringidos”, esto es, concursos en los que no hay acceso libre ya que se reservan, exclusivamente, a quienes hayan venido prestando servicios a la administración, bien como interinos, bien como contratados temporales. La doctrina del Tribunal Constitucional respecto de este tipo de pruebas puede quedar resumida en los siguientes términos: i) como regla general, estos sistemas de acceso han de considerarse como un procedimiento proscrito por el artículo 23.2, CE, si bien no cabe excluir que, en determinados casos excepcionales, esta diferencia de trato pueda considerarse compatible con dicho precepto, para lo cual será necesario que, ii) se demuestre que se trata de un medio excepcional para resolver una situación también excepcional; iii) que únicamente se acuda a este tipo de procedimientos por una sola vez; y iv) que dicha posibilidad esté prevista en una norma con rango de ley (por todas, STC 12/1999).

Esta doctrina se formuló por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 27/1991, que resolvió dos cuestiones de inconstitucionalidad, planteadas por los Tribunales Superiores de Justicia de Canarias y Andalucía contra las leyes de Función pública de estas Comunidades Autónomas, por prever la celebración de pruebas restringidas para los contratados administrativos. Tras establecer la doctrina que acaba de quedar expuesta, el Tribunal consideró que, en el caso examinado, las pruebas restringidas convocadas por estas Comunidades Autónomas *no eran inconstitucionales* por tratarse de un remedio excepcional, para una situación también excepcional, y que estaban justificadas para resolver una situación muy especial derivada de un proceso único e irrepetible, el de creación de las Comunidades Autónomas, que hizo necesario adscribir a estos nuevos entes, de una

manera inmediata, a personal en régimen administrativo, cuando ni existían plantillas de funcionarios, ni había tiempo para acudir a las formas normales de ingreso en la administración pública como funcionario de carrera.

Esta situación excepcional y transitoria —concluyó el Tribunal— puede justificar este sacrificio de la igualdad de trato, a través del reconocimiento de una situación diferenciada que, por las circunstancias del caso y los intereses en juego, cabe considerar compatible con el artículo 23, CE, aunque, en modo alguno ha de resultar generalizable o extensible a otros supuestos. Por último, el Tribunal, para reforzar la excepcionalidad de este tipo de pruebas, añade que se trata de un remedio al que, precisamente por ser excepcional, sólo se puede acudir una vez, y que tiene que estar, además, previsto en una norma con rango de ley.

Sobre la base de estas advertencias y cautelas (excepcionalidad que por ser tal no puede resultar generalizable a otros supuestos, y a la que puede acudirse sólo una vez), en una Sentencia posterior —la 16/1998— el Tribunal ha anulado una convocatoria de pruebas restringidas de la Comunidad Autónoma de Cantabria, realizada en 1993, por considerarla contraria al artículo 23.2, CE. El razonamiento que lleva al Tribunal a la estimación del amparo es el siguiente:

A la vista de lo expuesto, es claro que la situación excepcional que pudo crearse como consecuencia del proceso de creación de la administración de esta Comunidad Autónoma ha sido ya abordada a través de diversas medidas en otras ocasiones. De ahí que la convocatoria en el año 1993 de unas pruebas de carácter restringido no pueda considerarse ya como “un medio excepcional” y, por ello, tampoco puede considerarse razonable la diferencia de trato que establece la administración al impedir participar en ese proceso selectivo a quienes no se encuentren en la situación prevista en la Disp. Trans. sexta, 1o. de la ley 4/1993. Por lo que hay que concluir que al convocarse este proceso selectivo con carácter restringido se ha vulnerado el principio de igualdad que, en relación con el acceso a los cargos y funciones públicas, consagra el artículo 23.2, CE.

Por el contrario, y aplicando un criterio que, en mi opinión, resulta discutible, el Tribunal ha considerado que no se había vulnerado el artículo 23.2, CE, en un supuesto en el que se otorgaba un trato claramente favorable a los interinos de la administración convocante porque, a pesar de que no se trataba del primer intento para resolver la situación excepcional de los interinos, sí era el único que hasta el momento no había sido

declarado contrario a derecho. Así, pues, el Tribunal reconoce que la Comunidad Autónoma, en este caso la de Castilla y León, lo había intentado ya en 1989, pero concluye que lo que importa, a efectos de determinar si se ha vulnerado o no el artículo 23.2, CE, es si, además de convocarlas, se habían llegado a celebrar. No habiendo sido así, debido a que la primera convocatoria quedó anulada, ha de entenderse que se cumple con el requisito de acudir a este procedimiento por una sola vez.

Si, con carácter general, el Tribunal ha estimado contrarias al artículo 23.2, CE, las pruebas restringidas, con las excepciones que ya conocemos, con mayor razón aun ha estimado contraria al mismo precepto la integración automática, *ope legis*, del personal contratado e, implícitamente, del interino, en la función pública (STC 302/1993). En este caso se trataba de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la ley 6/1985, de Ordenación de la Función pública de la Junta de Andalucía. El Tribunal, que anuló los preceptos impugnados, argumentó lo siguiente:

Es patente que el mandato de integración automática en la función pública de personal con contrato administrativo o interino, sin efectuar pruebas objetivas, aunque fueran especiales o de turno restringido, traspasa los límites impuestos... porque en modo alguno puede procederse a una integración automática que erija la antigüedad de los servicios prestados a la administración en título único y excluyente de otros que legitime el acceso a la función pública.

- Por lo que respecta a la posibilidad de valorar los servicios prestados a la administración, en régimen de interinidad o mediante contrato, el Tribunal ha establecido que i) no resulta contrario al artículo 23.2, CE, si dicha valoración es razonable y proporcionada y ii) siempre que se trate de considerarlo como un mérito y no como una condición de acceso.

Entre las muchas sentencias en las que el Tribunal se ha referido a la valoración de los servicios prestados a la administración, como mérito, destaca la STC 67/1989, en la que rechazó el sistema conocido como de “mochila”. En aquel supuesto el Tribunal estimó que podían valorarse esos méritos hasta un 45% de la puntuación total de la fase de concurso, pero no que se pudieran tener en cuenta, también, en la puntuación de la fase de oposición, en la que lo que procede evaluar son los conocimientos. Así, pues, el denominado “efecto

mochila”, contrario al artículo 23.2, CE, consiste, en palabras del Tribunal Constitucional, “en que se sumen dos veces los puntos por servicios previos, utilizando la puntuación obtenida en la fase de concurso para superar la fase de oposición”. Esta doctrina se ha mantenido posteriormente en las SSTC 185/1994, 93/1995, 11/1996 y 107/2003).

- En relación con el criterio jurisprudencial, según el cual no cabe exigir, para el acceso a la función pública, requisitos o condiciones que no estén referidos al mérito o capacidad, el Tribunal ha tenido ocasión de aplicarlo en su reciente sentencia 37/2004, en la que ha declarado inconstitucional un precepto legal (el artículo 135 b del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local) que imponía un límite de edad máximo para los aspirantes a ocupar puestos de la función pública local (no exceder de aquella edad en que falten menos de diez años para la jubilación forzosa determinada por la legislación).

El Tribunal empieza por reiterar su doctrina según la cual el legislador tiene un amplio margen de libertad para la regulación de las pruebas de acceso y para la determinación de los méritos y capacidades, pero dicho margen tiene límites positivos (la obligación de exigir condiciones que, establecidas en términos de igualdad, respondan única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad) y negativos (la prohibición de que dicha regulación se haga en términos concretos e individualizados que equivalgan a una verdadera y propia acepción de personas). A continuación vuelve también a reiterar el criterio, ya establecido en su Sentencia 75/1983, según el cual el derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función pública no prohíbe que el legislador pueda tomar en consideración la edad de los aspirantes, o cualquier otra condición personal. Ahora bien, y éste ha sido el criterio determinante del fallo de la STC 37/2004, “en la medida que las normas de acceso a la función pública local incorporan un requisito relacionado con la edad, que no guarda relación con los principios de mérito y capacidad constitucionalmente establecidos..., corresponde a los órganos del Estado demandados en el procedimiento constitucional argumentar la razonabilidad del diferente tratamiento que la norma establece”.

Sentados estos principios, el Tribunal examina los argumentos ofrecidos por el Abogado del Estado (no es inconveniente que se

establezcan carreras administrativas que tengan una duración razonable) y por el Fiscal General del Estado (no es inconstitucional una previsión normativa que se limita a asegurar que la provisión de determinadas plazas se realice de forma estable) y concluye:

Ninguno de los motivos aducidos puede considerarse razonable, desde una perspectiva constitucional. Para llegar a una conclusión distinta habría que considerar que la pretensión de que el vínculo funcional tenga una mínima duración en el ámbito local encuentra una explicación razonable. No lo es, en absoluto, que tal exigencia pueda derivarse del régimen jurídico de los derechos pasivos de tal tipo de funcionarios, porque restringe, indebidamente, el derecho de acceso a aspirantes que pueden presentar, potencialmente, mayores méritos y capacidad.

Tampoco puede justificarse, en la conveniencia de que determinadas plazas sean cubiertas de forma estable por el simple motivo de que el legislador la ha referido a toda la función pública local. En nuestra STC 75/1983, hemos señalado que puede ser justificable que la provisión de determinadas plazas de la función pública contengan exigencias específicas de edad derivadas de las peculiaridades de los concretos puestos a cubrir.⁷ Pero tal posibilidad no opera cuando, como es aquí el caso, la norma se aplica de forma indiscriminada a todos los funcionarios locales.

- Por último, y en relación con la exigencia de otros requisitos, el Tribunal ha sostenido que es posible exigir particulares condiciones físicas o de salud, siempre que así lo justifique la naturaleza de las funciones a desempeñar, e incluso reservar un número de plazas a personas discapacitadas (STC 269/1994).

Respecto del conocimiento de las lenguas cooficiales, el Tribunal Constitucional sostiene que, en las Comunidades Autónomas donde existen dos lenguas oficiales, el conocimiento de la lengua propia de la Comunidad no sólo puede valorarse como mérito, sino que puede exigirse como requisito de capacidad para el acceso a la función pública de dicha administración, si bien “sería contrario al derecho a

⁷ Efectivamente, en aquella ocasión el Tribunal Constitucional consideró conforme a la Constitución la Ley Especial para el Municipio de Barcelona, que exigía no rebasar la edad de 60 años para tener acceso a las plazas de secretario general, interventor y depositario de Fondos del Ayuntamiento de Barcelona. El Tribunal entendió que el elemento diferenciador estaba justificado por el principio de eficacia administrativa dada la complejidad del Ayuntamiento de Barcelona.

la igualdad en el acceso a la función pública exigir un conocimiento del catalán sin relación alguna con la capacidad requerida para desempeñar la función de que se trate” (STC 46/1991). Finalmente, ha establecido un criterio, según el cual “la configuración de las condiciones de acceso por vía negativa requiere una mayor y más severa justificación objetiva y racional para superar el juicio que el artículo 23.2, CE, impone” (STC 48/1998).

El artículo 23.2, CE, garantiza la igualdad en la aplicación de la ley, lo que se traduce en la vinculación de la propia administración a lo dispuesto en las normas reguladoras del procedimiento selectivo. Sin embargo, no toda infracción de las bases de un procedimiento de selección para el acceso al empleo público genera *per se* una vulneración del artículo 23.2, CE.

En su Sentencia 115/1996 —dictada en un recurso en el que se había impugnado el nombramiento de funcionarios de carrera del Cuerpo de Controladores Aéreos— el Tribunal “inauguró” una doctrina que, en mi opinión, puede resultar muy discutible si se extiende más allá de lo estrictamente necesario, en virtud de la cual se concluye que no todo quebranto de las bases, esto es, de lo que constituye “la ley” de un concurso o de una oposición, infringe el derecho a tener acceso en condiciones de igualdad a la función pública. Lo más importante de esta doctrina se contiene en el siguiente pronunciamiento:

Ahora bien, no toda infracción de las bases genera *per se* una vulneración del citado derecho fundamental. Así, la inaplicación por la administración de una de las bases del concurso a todos los aspirantes por igual, comportará indudablemente una infracción de la legalidad susceptible de impugnación ante los Tribunales de lo contencioso-administrativo, pero no integra una quiebra de la igualdad en el acceso que garantiza el artículo 23.2, CE, pues, de esa infracción de la legalidad no se deriva trato desigual alguno, ni existe término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad. En consecuencia, el artículo 23.2, CE, no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya que sólo cuando la infracción de las bases del concurso implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los particulares, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el artículo 23.2, CE.

En mi opinión, esta doctrina, reiterada posteriormente en la STC 73/1998, restringe indebidamente el alcance del artículo 23.2, CE, en la medida en que lo identifica con el artículo 14, CE (derecho a no ser discriminado), exigiendo un término de comparación válido, y lo diferencia, por tanto, del artículo 103 que reconduce el derecho garantizado en el artículo 23.2 al de tener acceso a la función pública en condiciones de mérito y capacidad. Si las bases de un procedimiento selectivo son la expresión del mérito y la capacidad, que a su vez, definen esa situación de igualdad que ha de garantizarse en todo procedimiento de acceso a la función pública, parece que el quebrantamiento de dichas bases, sea en el sentido que sea, debería suponer una ruptura de la situación de igualdad, previamente determinada y definida por una norma que la administración tiene que respetar a la hora de aplicarla en un caso concreto. A este respecto, debe recordarse que lo que el artículo 23.2, CE, garantiza es el derecho a tener acceso a la función pública, en condiciones de igualdad, *con los requisitos que señalen las leyes*.

Un caso, examinado y resuelto por el Tribunal, puede ilustrar sobre los problemas y consecuencias que pueden derivarse de esta doctrina. Se trata de la STC 73/1998 que trae causa de los siguientes hechos: un ayuntamiento convocó una plaza de Auxiliar Administrativo por el sistema de oposición libre. Según la base sexta de la convocatoria, el segundo ejercicio, que era obligatorio para todos los opositores, consistía en copiar a máquina, durante diez minutos, un texto facilitado por el Tribunal, a una velocidad mínima de 250 pulsaciones por minuto, valorándose la velocidad desarrollada, la limpieza y exactitud de lo copiado y la corrección del escrito. Para este ejercicio los opositores debían presentarse provistos de una máquina de escribir no eléctrica. El primer ejercicio lo superaron dos concursantes, la que finalmente recurriría en amparo, que obtuvo 6.70 puntos, y aquella que obtuvo la plaza, que consiguió 9.77. Por lo que respecta al segundo ejercicio, a la recurrente le atribuyeron 252.5 pulsaciones por minuto, mientras que a la opositora que finalmente obtuvo la plaza le atribuyeron solamente 237.7. No obstante, estos resultados fueron objeto de una corrección de errores, a resultas de la cual la recurrente obtuvo 270 pulsaciones por minuto, y la otra concursante 248.1. Tras ser calificados los segundos ejercicios de las opositoras con 28 y 20 puntos, respectivamente, éstas pasaron a realizar el tercer y último ejercicio por el que obtuvieron, respectivamente, un 5.5 y un 6. Hallada la media de los tres ejercicios, el Tribunal calificó definitivamente a la recurrente con 19.20 puntos,

y a su contrincante con 20.77, por lo que se propuso que la plaza se adjudicase a esta última.

Contra la resolución provisional del Tribunal la recurrente en amparo presentó una reclamación solicitando la revisión de la puntuación del segundo ejercicio, y la consiguiente eliminación de quienes no hubieran alcanzado la velocidad mínima de 250 pulsaciones por minuto. Como consecuencia de esta revisión, tres miembros del Tribunal elevaron la calificación de la opositora que finalmente obtendría la plaza, mientras que el Presidente del Tribunal la rebajó. Recurrida esta resolución por la opositora que no obtuvo la plaza, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha estimó su demanda, declaró su derecho a que le fuese adjudicada la plaza, y condenó en costas a la administración, todo ello apreciando la existencia de desviación de poder en la conducta del Ayuntamiento de Honrubia. Recurrida la sentencia por el Ayuntamiento de Honrubia la misma fue anulada por el Tribunal Supremo por estimar, entre otras cosas, que no alcanzar la velocidad máxima exigida en la convocatoria no impide entender superado el correspondiente ejercicio, ya que la base sexta hacía referencia también a otros criterios de valoración, como eran la limpieza y exactitud de lo copiado y la corrección del escrito. Con base en esta interpretación, el Tribunal Supremo concluye que las puntuaciones no corresponden a los Tribunales de la jurisdicción, los cuales no califican, ni deben interpretar siquiera los puntos dudosos, salvo que salte a la vista un error manifiesto.

Contra dicha Sentencia se interpuso finalmente recurso de amparo⁸ que fue desestimado por considerar que no se produjo la denunciada violación del derecho a tener acceso a la función pública en condiciones de igualdad (artículo 23.3, CE). Los argumentos más importantes de la Sentencia son, en mi opinión, los expresados en los siguientes párrafos:

⁸ Es importante, en mi opinión, señalar que la recurrente solicitó la práctica de las siguientes pruebas: a) tener por reproducidos todos y cada uno de los documentos aportados en el escrito de demanda; b) que se libre oficio al Ayuntamiento de Honrubia con el fin de que se pronuncie sobre si la opositora que obtuvo la plaza había desempeñado interinamente la misma; y c) que se libre exhorto al Juzgado de Primera Instancia de S. Clemente para que aclare si se ha seguido ante el mismo juicio verbal civil entre el esposo de la recurrente en amparo y el Presidente del Tribunal calificador, por unos daños ocasionados en la vivienda de aquél. El Tribunal denegó la solicitud por no considerar necesarias dichas pruebas.

...si bien el derecho fundamental del artículo 23.2 ha de conectarse ineludiblemente con la vinculación de la administración a lo dispuesto en las bases que regulan el procedimiento de acceso a la función pública, el artículo 23.2, CE, no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya que sólo cuando la infracción de las bases del concurso implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el artículo 23.2, CE, lo que de suyo exige, la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad. En otros términos, la conexión existente entre el artículo 23.2, CE, y la vinculación de la administración a lo dispuesto en las bases no puede llevarse al extremo de que toda vulneración de las mismas (que normalmente supondrá una vulneración de los principios de mérito y capacidad que a través de las mismas se actúan) implique infracción del derecho fundamental, que sólo existirá cuando se produzca una diferencia de trato o, como en otros casos se ha sostenido, una quiebra relevante del procedimiento, que haría arbitraria la decisión que en esas condiciones se dictase.

Añadiendo a continuación la Sala:

No es suficiente, por tanto, para alcanzar la conclusión de que el derecho fundamental ha sido vulnerado el que se haya interpretado una determinada regla de acceso en un sentido que, ciertamente, ha resultado favorable para un determinado opositor. Por el contrario, para que la desigualdad pueda ser apreciada es necesario que dicha interpretación no hubiera sido extendida a los demás opositores, lo que ni se sostiene ni puede afirmarse que aquí haya ocurrido.

La Sentencia tiene un voto particular formulado por el magistrado Jiménez de Parga, al que se adhiere el magistrado Gimeno Sendra, por entender ambos que el sentido de la misma debería haber sido estimatorio. Los magistrados discrepantes resaltan el hecho de que la propia Sentencia reconozca que se ha interpretado determinada regla de acceso en un sentido que ciertamente ha resultado favorable a una de las opositoras, y denuncian la grave restricción del ámbito del derecho consagrado en el artículo 23.2, CE, que la Sentencia lleva a cabo al declarar que dicho derecho opera solamente en la fase del establecimiento de las condiciones de acceso, y no en el entero desarrollo del proceso selectivo. Los magistrados

discrepantes concluyen que el órgano calificador no aplicó las bases de acuerdo con las exigencias impuestas por el artículo 23.2, CE, sino de forma discriminatoria en favor de una de las concursantes, a la cual, a pesar de que no había superado el requisito de la velocidad de pulsaciones en el ejercicio de mecanografía, se le otorgan unas puntuaciones que sirvieron matemáticamente para salvarla.

Ciertamente, en esta Sentencia, el Tribunal Constitucional ha hecho una interpretación enormemente restrictiva del derecho a tener acceso a la función pública en condiciones de igualdad, pero no, como afirman los magistrados discrepantes, porque limite el ámbito de aplicación de este derecho a la sola fase del establecimiento de las condiciones de acceso, ya que ello no es, en mi opinión, exactamente así, pues en el fundamento tercero de la Sentencia se dice que también puede infringirse el derecho en cuestión al aplicar las bases, aunque esto sólo ocurrirá en dos casos: “cuando se produzca una diferencia de trato o una quiebra relevante del procedimiento, que haría arbitraria la decisión que en esas condiciones se dictase”.

El problema es que precisamente en este caso se dan las dos circunstancias enunciadas por el Tribunal para poder apreciar la existencia de la vulneración del artículo 23.2, CE, pero la Sala hace una interpretación, creo que discutible, del precepto en cuestión que le lleva a concluir lo contrario. Se trata de una interpretación compleja que, en mi opinión, rompe lo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional había venido considerando hasta ahora como un todo inseparable. Me refiero, a la relación existente entre los artículos 23.2 y 103.3, CE, esto es, al derecho a tener acceso en condiciones de igualdad a la función pública, y a que las condiciones y requisitos exigibles sean referibles a los principios de mérito y capacidad.

De acuerdo con esta doctrina, que la Sala obviamente no desconoce y reproduce en el fundamento jurídico tercero de su Sentencia, la igualdad que ha de garantizarse en el acceso a la función pública “tiene un contenido material que se traduce en determinados condicionamientos del proceso selectivo y, de manera especialmente relevante, el que las condiciones y requisitos exigidos sean referibles a los principios de mérito y capacidad”. De acuerdo con ello, se concluye, el artículo 23.2 de la Constitución impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad.

Pues bien, esta doctrina debería llevar derechamente a sostener que el artículo 23.2, CE, exige que esas condiciones y requisitos que son expre-

sión de los conceptos de mérito y capacidad, y que en los concursos de acceso a la función pública se expresan en las bases, se cumplan, en el sentido de que se apliquen. Porque no aplicar las bases supondrá siempre y por definición la ruptura de la igualdad si con ello se favorece, como ocurrió en este caso, a uno de los concursantes en detrimento o perjuicio de otro. Es distorsionante, porque lleva a una configuración del derecho del artículo 23.2, CE, basado exclusivamente en el artículo 14, CE, y desvinculado por completo del artículo 103.3, exigir un término de comparación consistente en demostrar que el incumplimiento de las bases para un opositor que ha resultado favorecido con ello “no haya sido extendido a los demás opositores”, entre otras cosas, porque semejante concepción impediría que se pudiese invocar este derecho fundamental en un hipotético caso en el que hubiese un único concursante y no se cubriera la plaza. Esta peculiar forma de interpretar el alcance del derecho consagrado en el artículo 23.2, CE, descansa, además, en mi opinión, en una exigencia de imposible cumplimiento, pues no se alcanza a imaginar de qué manera puede no extenderse, como dice la Sentencia, a una opositora que ha superado la velocidad mínima en mecanografía exigida para superar una prueba y pasar a la siguiente, una interpretación de la base consistente en permitir a una opositora que no ha superado dicha velocidad que pase al siguiente ejercicio.

En el presente caso, es evidente que se incumplió una base —y se incumplió, obviamente, sólo para la opositora que ganó el concurso, porque no se podía incumplir para la otra— y con ello se favoreció a la primera. Si el artículo 23.2, CE, garantiza el derecho a tener acceso a la función pública en condiciones de igualdad, y esa igualdad se identifica con los conceptos de mérito y capacidad, y, a la vez, las bases de un concurso constituyen la regla que expresa dicha igualdad, la conclusión no puede ser otra que la de que la ruptura de las bases, cuando la misma favorece a uno de los concursantes, debería considerarse siempre como una vulneración del derecho consagrado en el artículo 23.2, CE. Por eso, y con ello concluyo, sorprende que en la STC 138/2000, a la que hicimos referencia en su momento, el Tribunal reconozca que la interpretación que se considera contraria al artículo 23.2, CE (haber exigido un requisito que no estaba en las bases del procedimiento, entendido este concepto en sentido amplio) “se ha aplicado por igual a ambas concursantes”, pero que no lo considere obstáculo para que exista una lesión del artículo 23.2, CE, que, finalmente, el Tribunal acaba reconociendo con base en una suerte de de-

recho objetivo a la aplicación de las bases, tal y como han sido establecidas previamente por las normas correspondientes. Por otro lado, creo que ese es también el criterio que se aplicó en la STC 174/1996 que otorgó el amparo a un recurrente (abogado condenado por un delito de estafa que ya había obtenido la rehabilitación) al que se le había impedido participar en un concurso de acceso a la función judicial para tener acceso al cargo de magistrado por considerar el Tribunal que se le había aplicado una causa de exclusión que no estaba legalmente prevista.

C. El derecho a la igualdad en la aplicación de las normas que rigen los procesos selectivos se extiende a todos los momentos de los mismos, incluido el de la resolución de las reclamaciones planteadas por alguno de los aspirantes

Este importante criterio, aplicado reiteradamente por el Tribunal Constitucional, se estableció por vez primera en la STC 10/1998, que puso fin al recurso de amparo interpuesto contra determinadas resoluciones relativas a las oposiciones celebradas para el ingreso en el Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia.⁹

La recurrente, que no aparecía en las listas de los aspirantes que habían superado el segundo ejercicio de la oposición —consistente en un *test* de 100 preguntas—, presentó un escrito impugnando el sistema de corrección del *test*, y solicitó la revisión de su examen, ya que, en contra de lo que establecían las bases, se habían penalizado las respuestas erróneas del *test*. Llegado el momento, se hicieron públicas las listas definitivas de los aspirantes que habían aprobado las pruebas; listas en las que no figuraba la actora, la cual, sin embargo, no interpuso recurso alguno contra dicha resolución. Otros opositores —también suspendidos— recurrieron en vía administrativa, siendo estimada su pretensión, mediante resolución que, admitiendo que no se habían respetado los criterios de corrección establecidos

⁹ La aplicación de estas sentencias ha dado lugar al reconocimiento de reclamaciones de indemnización por parte de quienes, tras obtener el amparo, fueron nombrados funcionarios del Cuerpo de Oficiales de Administración de Justicia, pero más de cinco años después de lo que debería haber sido si la administración demandada hubiese observado el principio de igualdad en el acceso a la función pública. Ver, por ejemplo, las sentencias del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de mayo de 2001 (JUR 2001\215526 y 2001 \215476).

en las bases, declaraba que procedía revisar la puntuación de los recurrentes y de los aspirantes que figuraban en la lista de aprobados, y, conforme a su resultado, respetando los términos establecidos en la convocatoria, establecer la relación de aspirantes que superan la oposición, convocar al tercer ejercicio a quienes no pudieron realizarlo al no figurar anteriormente aprobados, y publicar finalmente la lista definitiva.

Ante la cuestión de si los efectos de la resolución estimatoria del recurso administrativo debían circunscribirse exclusivamente a los opositores que interpusieron el recurso que aquélla resolvía o, por el contrario, debían extenderse a otros opositores afectados, el Tribunal calificador optó por la primera alternativa, no revisando en consecuencia los *test* de los opositores que habiendo suspendido no recurrieron.

Como consecuencia de la nueva corrección se publicó la nueva lista de aprobados, contra la que recurrió la que finalmente se convertiría en la recurrente en el amparo que comentamos. La Audiencia Nacional desestimó su recurso por considerar que la recurrente, al no haber impugnado la lista de aprobados, consintió la resolución en cuestión; resolución que devino firme, y que, por tanto, no podía ahora beneficiarse de la revisión llevada a cabo como consecuencia de la interposición del recurso por otros opositores.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, estimó el recurso de amparo, anulando la Sentencia, y las resoluciones administrativas, y ordenó retrotraer las actuaciones, por lo que a la demandante se refieren, para que se revisase su examen conforme al nuevo criterio de corrección.

La argumentación que lleva al Tribunal a otorgar el amparo solicitado es la siguiente. En primer lugar traslada en bloque y en su literalidad la doctrina de la Sentencia de los controladores aéreos para decir que no hay violación del artículo 23.2, CE, cuando se quebranta una base del concurso para todos los aspirantes por igual. En consecuencia, al penalizar las respuestas erróneas, en contra de lo previsto en las bases, “se produjo una infracción de las normas reguladoras de la oposición, pero no una violación del artículo 23.2, CE, en la medida que el ilegal baremo aplicado afectó a todos los aspirantes por igual”. ¿Dónde está, entonces, la infracción del derecho del artículo 23.2, CE?

Pues bien, la infracción se encuentra en la nueva calificación, y no tanto en ella, sino en el hecho de aplicársela exclusivamente a los opositores que recurrieron las resoluciones que pusieron fin a la oposición. El Tribunal dirá:

Al aplicar a sus ejercicios dos criterios de valoración diferentes, consagró una desigualdad de trato entre los aspirantes contraria al artículo 23.2, CE.

Y ante el argumento de la Sala del acto firme y consentido, en el sentido de que había sido el propio aquietamiento de la recurrente lo que determinó su distinta posición jurídica, el Tribunal responde:

Si la concursante fue excluida en virtud de una errónea calificación, cuando ésta es corregida por obra del recurso de terceros, la administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual, a resolver el recurso a la luz del artículo 23.2, CE. Al no hacerlo —concluye el Tribunal— se produce un vicio autónomo y distinto que genera el derecho a la reparación.

Esta doctrina del Tribunal plantea un problema de naturaleza procesal. De acuerdo con que ha habido una infracción del artículo 23.2, CE, que debe ser reparada, pero la pregunta es, ¿al margen de las reglas procesales? Porque, claro, la objeción de la Audiencia Nacional —me refiero a la teoría del acto consentido, consagrada en el entonces artículo 40, LJCA, y hoy artículo 28 de la ley del mismo nombre— constituye un serio escollo para la estimación de este recurso de amparo; escollo que, sin embargo, el Tribunal no afronta con la importancia que la cuestión merecía, ya que, ante una Sentencia como esta, es legítimo preguntarse cómo opera en estos casos el artículo 28, LJCA, que establece como causa de inadmisión del recurso contencioso el hecho de que el mismo se dirija contra un acto firme y consentido. Puede discutirse cuál es el procedimiento adecuado (revisión de oficio, revocación de los actos desfavorables), puede defenderse que, tras la revisión de las calificaciones en vía de recurso administrativo, existe un nuevo acto administrativo y frente a él pueden ejercerse los recursos pertinentes en tiempo y forma; puede incluso rechazarse expresamente la doctrina del acto consentido, y decir que en estos casos simplemente no resulta aplicable. En fin, todo, menos no decir nada sobre algo que tiene una enorme trascendencia.

Aunque sin referirse a la existencia de un acto administrativo nuevo, el Tribunal parece aludir a algo parecido en una Sentencia posterior —la STC 23/1998— en la que, con algo más de precisión, sostiene:

Si la concursante fue excluida en virtud de una errónea calificación, cuando ésta es corregida por obra del recurso de terceros, la administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato por igual, a resolver el

recurso a la luz del artículo 23.2, CE. Al no hacerlo, se produce un vicio autónomo y distinto que genera el derecho a la reparación. Y ello porque una cosa es el hecho de aquietarse ante una eventual infracción de la legalidad, con las consecuencias que ello tenga de acuerdo con el ordenamiento, y otra muy distinta la producción ulterior de una nueva lesión, ésta de carácter o con relevancia constitucional. La solicitante de amparo consintió el erróneo criterio de valoración, pero no un vicio ulterior y distinto, cual es el surgido con ocasión de la resolución de ese error respecto de otros concursantes, y cuya reparación no puede ser impedida con el argumento de haber consentido una infracción distinta, anterior y de menor relevancia.¹⁰

Finalmente, y como consecuencia de esta doctrina, que llevó a revisar las calificaciones del concurso, se planteó un recurso de amparo por aquellos aspirantes que, como consecuencia de la aplicación de los nuevos criterios, resultaron excluidos del concurso. El Tribunal, en su STC 178/1998, declaró: “el amparo se formula en relación con las mismas resoluciones administrativas que dieron lugar a nuestra STC 10/1998 y las que, en aplicación de sus criterios, la siguieron. Si bien, con la fundamental diferencia de que en aquellos casos se trataba de recursos interpuestos por opositores que tendrían que haber sido aprobados como consecuencia de los criterios aplicados en las resoluciones ahora recurridas, mientras que en el presente amparo se reacciona frente a tales criterios pidiendo, no su aplicación a todos por igual, sino su invalidación”. Como consecuencia de ello, el Tribunal denegó el amparo a los que, estando aprobados en un principio, resultaron suspendidos cuando, posteriormente, y como consecuencia de los recursos administrativos de otros, se revisaron las calificaciones del concurso. La argumentación del Tribunal fue la siguiente:

Cualquiera que haya sido el resultado y abstracción hecha de su legalidad, a cuyo estricto cumplimiento no da derecho el artículo 23.2, CE, se procedió, al resolver la reposición, a aplicar por igual las mismas normas a todos los participantes lo cual es, en definitiva, lo garantizado por el derecho fundamental invocado. De ahí la procedencia de desestimar el recurso.

¹⁰ En este caso, el Tribunal añade que el alcance del fallo de su sentencia no puede llegar a declarar aprobada a la demandante, como ella solicita, pues el restablecimiento de la misma en su derecho fundamental se logra retrotrayendo las actuaciones para que se revise su examen conforme al nuevo criterio adoptado.

D. La legitimación para la defensa del derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad no corresponde solamente a los ciudadanos que son titulares del mismo

En 1985, con ocasión de un recurso de amparo interpuesto por varios jueces y magistrados, en su propio nombre y en representación de la APM (Asociación Profesional de la Magistratura), el Tribunal sostuvo —en su ATC 942/1985— que “el derecho reconocido en el artículo 23, CE, sólo es ejercitable por los sujetos de tal derecho que lo hayan visto lesionado, sin que pueda extenderse la posibilidad de pedir su amparo a terceras personas, cualquiera que sea la relación que mantengan con los primeros y el interés que puedan esgrimir”.

Esta doctrina la ha mantenido el Tribunal Constitucional en supuestos en los que el recurrente era un sindicato, a pesar de que tratara de justificar su legitimación en el hecho de que dentro de los intereses atribuidos a las organizaciones sindicales por el artículo 7, CE, están:

los relativos a la defensa del derecho colectivo de los ciudadanos a que el empleo público sea distribuido con igualdad, publicidad, y con arreglo a los criterios de mérito y capacidad (AATC 520/1987 y 777/1988). Esta posición tan restrictiva en cuanto a la legitimación para la defensa del derecho consagrado en el artículo 23.2, CE, ha sido totalmente superada por el Tribunal en decisiones posteriores. Especialmente significativa resulta su Sentencia 47/1990, en la que el Tribunal Constitucional rechazó la alegación del Fiscal de la falta de legitimación para interponer el recurso de amparo —ex artículo 23.2, CE— por la Asociación de Profesores de Religión de Centros estatales oponiéndose a la resolución del Ministerio de Educación y Ciencia que les prohibía tener acceso al cargo de Director de los respectivos centros.

Después de distinguir el concepto de interés legítimo del más restrictivo de la titularidad del derecho, afirma el Tribunal que en el mismo hay que entender incluido “el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores, del que puede ser titular no sólo cada uno de ellos, individualmente considerados, sino también cualquier asociación o entidad que haya asumido estatutariamente esos mismos fines.

IV. LOS LÍMITES AL CONTROL DE LAS VALORACIONES REALIZADAS
POR LAS COMISIONES CALIFICADORAS DE LAS PRUEBAS DE ACCESO:
LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

Tanto el Tribunal Constitucional como los Tribunales ordinarios sostienen que ese derecho reaccional que otorga el artículo 23.2, CE, para someter al control judicial tanto la definición de las condiciones de acceso, como la aplicación que de las mismas hagan las administraciones públicas tiene un límite: la imposibilidad de que los jueces y Tribunales controlen las decisiones y actuaciones “técnicas” de los tribunales o comisiones calificadoras que han de resolver las oposiciones y concursos. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado, en reiteradas ocasiones:

Aunque los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones o concursos, en modo alguno pueden sustituir a éstos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica, pues de admitirse esta hipótesis tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada Tribunal o Comisión calificadora con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, esto es, la concerniente a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los opositores o concursantes, y tal supuesto es absurdo no sólo porque implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales, sino porque éstos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más (STC 353/1993).

A la objeción que, lógicamente, podría suscitarse, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24, CE), frente a esta doctrina del Tribunal Constitucional que, en definitiva, implica excluir del control judicial ciertos actos o, más exactamente, ciertos elementos de los actos administrativos, el Tribunal argumenta:

“...ese control judicial, del que no pueden excluirse las resoluciones administrativas que resuelven oposiciones o concursos, tiene, por su propia naturaleza, ciertos límites o modulaciones...” y ello “no supone la desaparición del derecho a la tutela judicial efectiva. El acto administrativo de calificación podrá ser objeto de la acción fiscalizadora de los Tribunales de Justicia. Lo que sucede en tales casos es que la revisión jurisdiccional —en cuanto la valoración del Tribunal calificador en lo que de apre-

ciación técnica tenga en sí misma escapa al control jurídico— experimenta determinadas modulaciones o limitaciones que encuentran su fundamento en una “presunción de razonabilidad” o “de certeza” de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Ahora bien, aquella presunción, en tanto que presunción *iuris tantum*, también podrá desvirtuarse si se acredita la infracción o desconocimiento del proceder que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado” (STC 353/1993).

Esta doctrina, que posteriormente ha sido reiterada en otras sentencias del Tribunal Constitucional (por ejemplo, la STC 40/1999), la mantuvo el Tribunal en un supuesto en el que el demandante de amparo había impugnado la calificación de unas pruebas tipo *test* por considerar que se habían computado como erróneas, cuando no lo eran, las respuestas dadas por él a cuatro preguntas del *test*. El Tribunal Constitucional, respecto de la respuesta dada por los Tribunales ordinarios en la sentencia impugnada en el recurso de amparo, manifiesta:

Si bien reconoce que la interpretación de tres de las preguntas no es unívoca pues aparecen formuladas con un carácter impreciso, e incluso que es muy posible que en la otra haya de considerarse acertada la respuesta del opositor, entiende que se trata de pequeñas imprecisiones o errores inevitables en toda calificación humana que no hacen desmerecer la justicia del juicio técnico del Tribunal calificador. Tales imprecisiones son producto, a juicio de la Sala, del carácter esencialmente discutible de toda materia jurídica, de la falta de precisión absoluta en el lenguaje de la técnica jurídica y de las diversas interpretaciones a las que son propensos los exámenes tipo *test*, pero no desnaturalizan los criterios de calificación y el juicio del Tribunal.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo declarando que en este caso no podía considerarse que hubiera existido en el tribunal calificador atisbo alguno de arbitrariedad o desviación de poder,

pues debido a las diversas interpretaciones a las que son propensos los exámenes de tipo *test*, el carácter esencialmente discutible de toda materia jurídica y la falta absoluta de precisión del lenguaje jurídico, el filo de las

respuestas no era necesariamente unívoco, quedando por consiguiente sometido a la discrecionalidad técnica y al margen de apreciación del Tribunal calificador.

Finalmente, debe señalarse que, según el Tribunal Constitucional, una cosa es que los Tribunales de justicia no puedan revisar y, en su caso, sustituir, las valoraciones técnicas de las Comisiones calificadoras y otra muy distinta es que, en el supuesto de que lo hagan, ello implique la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En el caso resuelto por la STC 138/2000, en el que la recurrente había visto anulado su nombramiento como profesora titular de universidad por un tribunal de justicia, la demandante de amparo alegó la vulneración del artículo 24, CE, con base en que el órgano judicial había transgredido los límites del control jurisdiccional sobre las decisiones y actuaciones de los órganos calificadores de los procesos selectivos de acceso a la función pública. El Tribunal Constitucional rechazó dicha alegación con el siguiente argumento:

La tesis afirmativa de la extralimitación está condenada al fracaso. En primer lugar, porque ni el artículo 24.1 ni el 23.2, CE, incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica, y en segundo lugar, porque la referida tesis parte del presupuesto conceptual de que en la Sentencia recurrida se ha realizado efectivamente una evaluación de los méritos de los concursantes, sustituyéndose en ella la realizada por la Comisión evaluadora; mas tal presupuesto está ausente en este caso en el que la Sala “*a quo*” se limitó a fiscalizar desde el plano de la legalidad la actuación del órgano calificador, sin sustituirlo en la ponderación y evaluación de la idoneidad, capacidad y méritos de los concursantes.

Como se recordará, en este caso, los órganos judiciales anularon la decisión de la Comisión que resolvió el concurso para una plaza de profesor titular en la Facultad de Farmacia por entender, aplicando un criterio que no había aplicado la Comisión calificadora, que la concursante que había resultado nombrada no tenía experiencia docente. Recurrida en amparo la sentencia que anuló el nombramiento realizado por la Comisión calificadora, el Tribunal Constitucional estimó el amparo de la recurrente por considerar que el órgano judicial había anulado el nombramiento de la recurrente por aplicarle un requisito —la experiencia

docente— no previsto en las normas reguladoras del concurso. Creo —y con ello termino— que, si en lugar del órgano judicial, hubiese sido la propia Comisión calificadora la que hubiese hecho de la experiencia docente un requisito para tener acceso al cuerpo de profesores titulares de la universidad, probablemente el Tribunal Constitucional, en aplicación de la doctrina de la discrecionalidad técnica, hubiera confirmado esa decisión administrativa. El resultado puede parecer paradójico, pero en eso consiste la discrecionalidad técnica.