

LA FUNCION PUBLICA Y LOS INTERINOS Y CONTRATADOS

(La sentencia del Tribunal Constitucional 67/1989, de 18 de abril. Una reflexión sobre los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad)

POR

JOSÉ MANUEL ALEGRE AVILA

SUMARIO: I. El acceso a la Función pública de interinos y contratados administrativos.—II. Un concreto ejemplo de esta práctica administrativa.—III. Las posiciones divergentes del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales.—IV. Las tesis de la defensa en la Comunidad Autónoma de Extremadura y del Ministerio Fiscal.—V. La sentencia del Tribunal Constitucional 67/1989, de 18 de abril.—VI. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional.—VII. Algunos efectos de la sentencia de 18 de abril de 1989.

I. EL ACCESO A LA FUNCION PUBLICA DE INTERINOS Y CONTRATADOS ADMINISTRATIVOS

La Ley 3/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (en adelante, LMRFP), modificada recientemente por Ley 23/1988, de 28 de julio, ley dictada con el designio, entre otros, de dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio (1), dispone en su artículo 19,1 que «las Administraciones públicas seleccionarán 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».

(1) La sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio, declaró incompatibles con el diseño constitucional de la Función pública determinados preceptos de la Ley de 2 de agosto de 1984, fundamentalmente referidos a la generalización por ésta operada del sistema laboral de empleo público, amén de la habilitación conferida al Ejecutivo para su ulterior desarrollo reglamentario de determinados aspectos contenidos en la misma, sin que la Ley contuviera una mínima regulación material acerca de aquéllos, extremo este que es objeto del reproche de inconstitucionalidad por vulnerar la reserva de ley a que se refiere el artículo 103,3 de la Constitución. La citada sentencia fue sometida a una dura crítica por parte de Diego CÁMARA DEL PORTILLO: «La Función pública ante el Tribunal Constitucional: una oportunidad perdida», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 57 (1988), pp. 101 y ss. para quien la citada sentencia no ha venido a corregir los graves defectos que contenía la regulación de 1984, regulación que ya fue acerbadamente revisada por la más autorizada doctrina, justamente por la carencia en aquélla de un modelo definido de Función pública, así como, y muy especialmente, por la conocida «laboralización de la Función pública». Por todos, para esta crítica, J. R. PARADA VÁZQUEZ: *Derecho Administrativo. Organización y empleo público*, 2.^a edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1988, pp. 311 y ss.

Recientemente el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad, mediante la resolución de un recurso de amparo, de precisar el alcance del concurso-oposición como sistema de selección de las personas que han de integrarse en la Función pública de una determinada Administración por referencia a los méritos que pueden valorarse en la fase de concurso y su incidencia en el procedimiento selectivo global. Más en concreto, el supuesto analizado contemplaba como único mérito alegable en la fase de concurso el tiempo de servicios —previamente prestados a la Administración pública convocante del oportuno procedimiento de selección— como contratado o interino, tiempo de servicios que había de valorarse conforme al baremo establecido en la correspondiente convocatoria. Por otro lado, el tiempo de servicios como interino o contratado era no sólo único mérito alegable en la fase de concurso sino que su concreta configuración tenía una indudable trascendencia en la ulterior fase de oposición, hasta el punto de determinar muy decisivamente el resultado final del concurso-oposición como sistema selectivo arbitrado por la Administración pública convocante. El Tribunal Constitucional, desde la perspectiva constitucionalmente reclamada por pronunciarse, la afectante a la incidencia de los términos de la convocatoria en los derechos fundamentales, va a analizar la repercusión de aquélla sobre los principios de igualdad, mérito y capacidad (arts. 23,2 y 103,3 de la Constitución y 19,1 LMRFP), como parámetros rectores del acceso a los cargos y funciones públicos.

Conviene antes de examinar el contenido de la resolución jurisprudencial enmarcar el supuesto que ha dado lugar a este pronunciamiento del Tribunal Constitucional, supuesto que va a permitir descubrir las implicaciones del derecho formalmente consagrado en el texto constitucional de acceder a las funciones públicas de acuerdo con el principio de igualdad y con sujeción en todo caso a los méritos y capacidad.

En concreto, el Tribunal Constitucional va a abordar la constitucionalidad de la Orden de 25 de agosto de 1987 de la Consejería de Presidencia y Trabajo de la Junta de Extremadura, dictada en desarrollo del artículo 4 del Decreto 19/1987, de 31 de marzo, que aprobaba la Oferta de Empleo Público de la Administración Autónoma de Extremadura para 1987, por la que se convocaban pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Titulados Superiores de la Administración de la Comunidad Autónoma. El sistema de selección arbitrado en la correspondiente convocatoria era el concurso-oposición, cuyo desenvolvimiento respondía, en líneas generales, a las siguientes reglas:

- Fase de concurso. Como mérito alegable se señalaba que únicamente podía serlo el tiempo de servicios prestados con anterioridad a la Administración autonómica, en situación de interino o contratado, tiempo de servicios que se valoraría a razón de 0,60 puntos por mes de servicios efectivos prestados hasta la publicación de la convocatoria, con la limitación de que aquella valoración sólo podía alcanzar el 45 por 100 de los puntos que como máximo pudieran obtenerse en la fase de oposición.
- Fase de oposición. Consistía en una serie de ejercicios que se valorarían de 0 a 10 puntos, de modo que la puntuación de cada uno sería el resultado de hallar la media de los puntos alcanzados en el desarrollo de cada uno de los temas o supuestos prácticos de que constaba cada ejercicio, los cuales se valorarán de 0 a 10 puntos. A su vez, era necesario, en todo caso, obtener en cada tema o supuesto práctico un mínimo de 2,50 puntos, siendo preciso para superar cada ejercicio una puntuación mínima de 5.

No obstante, la trascendencia decisiva de la valoración del tiempo de servicios prestados como interinos o contratados, esto es, la valoración del único mérito que, según la convocatoria, podía hacerse valer en la fase del concurso, estribaba en la posibilidad de ir aplicando consuntivamente los puntos de que se dispusiera por la valoración de la fase de concurso a efectos de ir superando cada uno de los ejercicios de que constaba la de oposición, si bien, en todo caso, era preciso para poder efectuar esta operación haber obtenido como mínimo 2,50 puntos en cada uno de los ejercicios de que constaba la fase de oposición, a fin de lograr el mínimo de 5 puntos requerido para superar cada uno de aquéllos. En todo caso, los puntos no utilizados, con la precitada finalidad, de la fase de concurso se sumarían a la puntuación obtenida en la de oposición para hallar la nota final del correspondiente procedimiento selectivo.

Bien se comprende el propósito de semejante sistema procedimental: favorecer el acceso a la Función pública de las personas que hubieran venido prestando sus servicios a la propia Administración pública convocante mediante la técnica de primar como mérito el tiempo de servicios efectivamente prestados, único mérito alegable y, en consecuencia, susceptible de valoración en la fase de concurso. Sistema que, a su vez, responde al deseo de consolidar en su relación de empleo público a quienes ya figurasen en los correspondientes organigramas administrativos, aunque en situación transitoria y precaria, a fin de normalizar el *status* de quienes prestan sus servicios a la Administración pública, generalizando de

este modo la relación funcional de carrera. Propósito que se muestra con toda evidencia a la luz de la propia Ley de la Función Pública de la Administración convocante, que, en este punto, no hace sino extender a su propia Función pública un mecanismo iniciado con la LMRFP de 1984 (Disposición transitoria sexta). Dice, en efecto, la Disposición transitoria segunda de la Ley 2/1986, de 23 de mayo, de la Función Pública de Extremadura:

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

2. *El personal contratado administrativo* por la Comunidad Autónoma de Extremadura con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1984, así como el personal transferido por el Estado, tanto en régimen de contratación administrativa como el interino, existente al servicio de la Comunidad Autónoma de Extremadura a la entrada en vigor de esta Ley, podrá acceder a la Función pública mediante las correspondientes pruebas selectivas por concurso-oposición libre, en las que se valorarán los servicios efectivos prestados, teniendo en cuenta de forma estricta los principios de mérito y capacidad.

3. El personal a que se refieren los dos apartados anteriores que no obtengan puesto de trabajo en *las dos primeras pruebas* que se convoquen al efecto o no se presentaren cesará su relación con la Administración.»

Como decía, la consolidación del personal contratado administrativo e interino se efectúa mediante la previsión como sistema de acceso a la Función pública del concurso-oposición, en el que se tendrá en cuenta el tiempo de servicios efectivos prestados a la propia Administración pública en aquellas situaciones, valoración que se efectuará de conformidad con lo dispuesto en las correspondientes convocatorias, si bien con la limitación de no ser aplicable tal posibilidad sino durante dos únicas convocatorias, dados los términos de transitoriedad y excepcionalidad con que la misma es contemplada.

Esta posibilidad de valorar como mérito computable en los procedimientos de selección el tiempo de servicios prestados como interino o contratado, a fin de normalizar la situación de

aquellas personas que se encontraban en situación precaria en la Función Pública se abrió paso, como decía, con la disposición transitoria sexta de la LMRFP de 2 de agosto de 1984, que igualmente preveía su aplicación para las respectivas Comunidades Autónomas y que encontró su pormenorizado desarrollo en las convocatorias de pruebas selectivas para el ingreso en los diferentes Cuerpos de la Administración del Estado efectuadas con posterioridad a la publicación de la primera oferta de empleo público habida tras la LMRFP y que tuvo lugar con el Real Decreto 152/1985, de 6 de febrero (2).

Semejante previsión fue igualmente incluida en la Disposición transitoria octava de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, desarrollada reglamentariamente por Real Decreto 2224/1985, de 20 de noviembre, por el que se regulaba el acceso a la Función pública local del personal contratado e interino de las Corporaciones locales, Real Decreto al cual se remite la Disposición transitoria quinta, dos, del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, regulador del régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, con la particularidad, además, de que la posibilidad de ver valorado el tiempo de servicios prestados como interino o contratado era predicable, en este último supuesto, respecto de aquellos que no poseyendo la titulación exigible para el acceso a la Subescala de Secretaría-Intervención estuvieran en posesión del título de Bachiller o equivalente (Disposición transitoria quinta, tres, en relación con la transitoria cuarta, uno, del mencionado Real Decreto).

No obstante, esta regulación que, como puede comprobarse, se ha implantado, aun con carácter transitorio, excepcional y justifi-

(2) Al tema se refirió tempranamente Luis MARTÍN REBOLLO, *La Constitución y su incidencia en el Derecho Público interno del Estado*, Publicaciones de la Universidad de Santander, Santander 1985, pp. 36-39, quien ya advirtió lúcidamente acerca del «nuevo corporativismo» engendrado por este tipo de procedimientos selectivos, luego extendidos a otras Administraciones Públicas distintas de la estatal, tendencia frente a cuyos riesgos advertía el autor, denunciando su flagrante contradicción con principios constitucionales básicos y augurando, como así ha ocurrido, que en último término habrían de ser los Tribunales los llamados a pronunciarse sobre la licitud de tal regulación. Este mismo extremo fue igualmente advertido por Vicente M. ESCUIN PALOP *El acceso del personal y la provisión de puestos de trabajo en la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Prólogo de J. A. Santamaría Pastor, INAP, Madrid, 1986, pp. 171-172, quien desde una perspectiva más general, no dejó de reflejar cómo la discriminación en favor de los interinos y contratados administrativos que traslucen estos concretos mecanismos de selección del personal suponen, siquiera bajo la óptica inaugurada por la LMRFP, una exacta continuación de una práctica iniciada en los años setenta, y que indudablemente encontró su más clara (¡y flagrante!) expresión en el ámbito de las pruebas selectivas para el acceso a la condición de profesor agregado de Bachillerato, práctica que, definida por el autor como «fenómeno de la funcionarización de contratados e interinos», supuso, en su opinión, una verdadera quiebra del sistema de la legislación de funcionarios de 1963-64 (*op. cit.*, pp. 101-105).

cado en la pretensión de consolidar al personal interino y contratado administrativo, tanto en la Administración del Estado como en la local y autonómica, ofrece todavía algún matiz diferenciador en cada una de las regulaciones. Básicamente, en el caso de la Administración del Estado, tal posibilidad se configura por una sola vez, en tanto que en los supuestos de la Administración local y en el que analizamos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, la misma era factible durante dos convocatorias (3).

II. UN CONCRETO EJEMPLO DE ESTA PRACTICA ADMINISTRATIVA

Pues bien. Así contemplada normativamente la necesaria valoración del tiempo de servicios prestados a la Administración como interino o contratado en los sistemas de acceso a la Función pública, la concreta incidencia de aquella valoración en el procedimiento selectivo quedaba deferida a los específicos términos en que se pronunciasen las oportunas convocatorias, que, en todo caso, y por expresa prescripción legal (y constitucional), habrían de producirse con estricta sujeción a los principios de mérito y capacidad. Es así la Orden de 25 de agosto de 1987, de la Junta de Extremadura, por la que se convocaban pruebas selectivas para cubrir determinadas plazas del Cuerpo de Titulados Superiores de la Administración pública autonómica, la que, al precisar aquella valoración prevista en la Disposición transitoria segunda de la Ley extremeña 2/1986, va a erigirse en detonante de la confrontación de sus concretos extremos con la proclamación legal y constitucional del acceso a la Función pública en condiciones de igualdad y de acuerdo con los postulados del mérito y la capacidad. De este

(3) Incluso, a título de mero ejemplo, puede destacarse alguna regulación que amplía a tres convocatorias las disponibles, en los términos citados, por el personal contratado e interino para acceder a la condición de funcionario de carrera. Así, la disposición transitoria novena de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública de Canarias. Más aún, si bien es cierto que las diferentes leyes de funcionarios han habilitado a las distintas Administraciones Públicas a proceder a la convocatoria de procedimientos selectivos que permitieran consolidar la situación del personal no permanente al servicio de las mismas, con la expresa previsión de la necesaria valoración del tiempo de servicios prestados por los afectados, pero remitiendo al nivel administrativo la concreta configuración de los respectivos procedimientos de selección, en algún supuesto se procede a una mayor precisión, al señalarse cómo ha de computarse la antigüedad en cuestión y los límites que a tal ponderación se establecen, si bien no se alude a la eventual aplicación de los puntos así obtenidos (fase de concurso) para superar los diferentes ejercicios de la fase de oposición, cuestión deferida a las oportunas convocatorias de la respectiva Administración. Es lo que ocurre con la Disposición transitoria primera de la Ley 3/1986, de 19 de marzo, de la Función pública de la Región de Murcia. Esta última precisión hace que en principio no quepa extender a esta concreta regulación legislativa los efectos que la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1989 va a extraer del examen de la convocatoria sometida a su consideración, por lo que, y con esto adelanto lo que será objeto de una exposición más detenida, no puede predicarse de la misma su clara inconstitucionalidad.

modo, el recurrente en amparo en el proceso constitucional resuelto por la sentencia 67/1989, de 18 de abril (Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), que aquí nos proponemos analizar, va a cuestionar la legitimidad constitucional de aquella convocatoria, basándose en una serie de argumentos que podemos sintetizar así:

- La previsión como único mérito alegable en la fase de concurso de los servicios efectivos prestados por interinos y contratados administrativos viola los principios constitucionales consagrados en los artículos 14 y 23.2 del texto constitucional.
- La incidencia de la fase de concurso en el procedimiento selectivo global, cuya valoración puede suponer hasta un 45 por 100 del total de puntos de la fase de oposición, resulta *arbitraria y desproporcionada*, al superar la valoración del único mérito alegable, el haber sido interino o contratado, los límites de lo razonable, lo justificable y admisible.

Téngase en cuenta que el sistema de selección arbitrado, el concurso-oposición y la consiguiente valoración de los méritos alegables en la fase de concurso (el tiempo de servicios como interino o contratado) supone el desglose en dos fases del procedimiento selectivo, de modo que la fase de concurso despliega en el conjunto de aquél una doble virtualidad, ya reseñada:

- Por un lado, insertar determinados méritos, cuya posesión es previa, obviamente, al desarrollo del sistema de acceso y cuya valoración va a influir en la calificación final de los aspirantes a ingresar como funcionarios de carrera en la correspondiente Administración pública.
- Por otro, la valoración de los méritos que pueden hacerse valer en la fase de concurso va, a su vez, a proyectar su eficacia en la de oposición, de modo que los puntos alcanzados en aquélla (en función del baremo establecido en la convocatoria) permite ir superando los sucesivos ejercicios de la fase de oposición cuando en éstos no se ha alcanzado la puntuación mínima exigida para acceder al siguiente. En todo caso, amén de lo anterior, los puntos de que se disponga por la fase de concurso y que no hayan sido utilizados para superar los ejercicios de la oposición, serán sumados a la puntuación obtenida en esta última para hallar la puntuación final del procedimiento selectivo.

De este modo, argumentaba el recurrente en amparo, un aspirante que dispusiera del máximo de puntos alcanzable en la fase de concurso, esto es, 13,50 (puesto que ya sabemos que la valoración del tiempo de servicios prestados como interino o contratado administrativo podía representar a lo sumo el 45 por 100 de la puntuación total de la fase de oposición, que, al constar de tres ejercicios, era de 30 puntos) por haber prestado sus servicios como interino o contratado durante el tiempo de dos años escasos (0,60 puntos por cada mes de servicios efectivos), el tiempo de servicios que, a efectos de cómputo en la fase de concurso, había de ser en todo caso anterior a la Ley 30/1984, un aspirante en el que concurrieran tales condiciones, repito, podía superar el procedimiento de selección, siempre que hubiera obtenido en cada uno de los tres ejercicios de la fase de oposición la puntuación mínima exigible para que pudiera ser operativa la acumulación y aplicación consuntiva de los puntos de la fase de concurso, esto es, 2,50 puntos en cada ejercicio, no obstante no haber alcanzado el mínimo de 5 puntos exigible, como regla general, para superar cada ejercicio de la fase de oposición. De este modo, de haber obtenido en cada uno de los tres ejercicios de la citada fase de oposición 2,50 puntos (puntuación mínima exigida), dado que disponía de 13,50 por la de concurso, únicamente necesitaba 2,50 puntos para superar cada ejercicio de la fase de oposición, con lo que aún le restaban 6 puntos para sumar a la nota media de la fase de oposición (5 puntos) y superar así, sin ningún inconveniente, el concurso-oposición por muy alta que hubiera sido la calificación que en los tres ejercicios de la fase de oposición hubiera obtenido un aspirante que no contara con puntos por la de concurso, esto es, que no fuera ni interino ni contratado (¡aunque hubiera sido calificado con 10 puntos en cada ejercicio de la fase de oposición!). Obviamente, se trata de un ejemplo extremo, pero sobradamente ilustrativo del juego que se extraía de la valoración de la fase de concurso (*id est*, ser interino o contratado).

Es esta eventualidad, sin perjuicio de la consideración de otro tipo de argumentos que iremos desgranando en este comentario, la que el recurrente en amparo califica de atentatoria al derecho constitucional de acceder a los cargos y funciones públicos en condiciones de igualdad, al primar de modo arbitrario y desproporcionado (más allá de lo razonable, lo justificable y admisible, se dice) una única circunstancia, el haber sido interino o contratado en la propia Administración, con merma de la capacidad (principio constitucional configurador del procedimiento de selección del personal al servicio de la Administración pública) puesta de manifiesto por los aspirantes no contratados o interinos en el desarrollo

de las pruebas de que constaba la fase de oposición, hasta el punto de dificultar en muy buena medida, no obstante la prueba de aquella capacidad evidenciada en los diferentes ejercicios de la oposición, el acceso a la Función pública por parte de quien no hubiera prestado sus servicios a la Administración previamente como interino o contratado. Argumentación que, podemos adelantarle ya, va a asumir el Tribunal Constitucional anulando la Orden referenciada y ordenando a la Administración autonómica la publicación de una nueva convocatoria ajustada a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

III. LAS POSICIONES DIVERGENTES DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LAS AUDIENCIAS TERRITORIALES

Antes de entrar en el examen de los razonamientos que van a conducir al Tribunal Constitucional a extraer la conclusión antedicha, conviene reseñar brevemente el *íter* procesal que ha llevado al dictado de la sentencia de amparo de 18 de abril de 1989. Impugnada por el procedimiento especial de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, la Orden citada de la Junta de Extremadura, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres en 12 de noviembre de 1987 dictó sentencia por la que, estimando la pretensión deducida por el ahora recurrente en amparo, anuló la citada convocatoria por vulnerar los principios de igualdad ante la ley y de acceso a la función pública, consagrados en la Constitución. Interpuesto frente a dicha sentencia recurso de apelación por la Junta de Extremadura, el Tribunal Supremo lo estima, revocando la sentencia de instancia y declarando ajustada a Derecho la Orden de la Administración autonómica cuya legitimidad constitucional se cuestionaba. En concreto, el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de abril de 1988 (Sala 5.^a Ponente: Don Francisco José Hernando Santiago. *Aranzadi*, 3406), luego de sintetizar en los dos primeros Fundamentos de Derecho los antecedentes del caso debatido, va a condensar su razonamiento en el Fundamento de Derecho tercero, que reitera doctrina sustentada en anteriores y similares pronunciamientos. Dice así:

«Este tratamiento favorable al personal contratado en régimen de derecho administrativo y al interino, no vulnera el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos que proclama el art. 23.2 de la Constitución, pues como ya declaró esta Sala en Sentencias de 4 de marzo, 16 de mayo y 23 de octubre de 1987, en relación

con sendas convocatorias para cubrir determinadas plazas de funcionarios en el Ayuntamiento de Valencia, en las dos primeras, y de la Comunidad Autónoma de Castilla y León la tercera, afirmándose en la de 16 de mayo que el Real Decreto 2224/1985 no vulnera el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, en relación con el 23, pues una de las finalidades de la Ley de Reforma de la Función Pública es consolidar la situación del personal interino y contratado, lo que no se conseguiría si se les exigieran las mismas pruebas de acceso que al resto de los aspirantes a los puestos administrativos, por lo que su artículo 3.º no es discriminatorio ni arbitrario, ni puede decirse que infrinja el principio de igualdad, puesto que se trata de situaciones distintas, doctrina ésta que debe de reiterarse en el presente caso, procediendo, en consecuencia, la estimación del recurso de apelación con la consiguiente revocación de la sentencia apelada y la confirmación de la disposiciones y actos impugnados en esta vía jurisdiccional.»

La lectura de este Fundamento Jurídico nos descubre una serie de datos de interés por lo que a nuestro objeto se refiere. Así, en primer lugar, ha de constatarse la ya consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en varias ocasiones ha sentado la doctrina según la cual la valoración como mérito (incluso exclusivo) del tiempo de servicios prestados como interino o contratado y la eventual incidencia de los puntos así obtenidos en la fase de concurso en la posterior de oposición no vulnera el principio constitucional de acceder en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad a las funciones y cargos públicos. Segundo, que el Tribunal Supremo, en los pleitos referentes a controversias similares a la que aquí nos ocupa, ha corregido en este punto la solución adoptada por las Audiencias Territoriales, como se evidencia por la cita de anteriores sentencias del propio Tribunal, en las cuales se procedía a revocar resoluciones de primera instancia, resoluciones que habían entendido que la concreta configuración del procedimiento selectivo para el acceso a las respectivas Funciones públicas (local, en dos de los supuestos examinados, y autonómica, en el tercero de ellos) infringía los preceptos constitucionales consagrados en los artículos 14 y 23 al resultar manifiestamente desproporcionada y, por ende, arbitraria la relevancia otorgada a la valoración de la fase de concurso (no se olvide, fase en la que el único mérito alegable lo constituía el haber sido contratado o interino previamente en la propia Administración convocante), valoración que, de modo idéntico a como ocurre en el

caso ahora analizado, prolongaba su trascendencia a la posterior fase de oposición, hasta el punto de erigirse en mecanismo que contribuía a superar (si a ello había lugar) los distintos ejercicios que integraban aquella fase de oposición (4). Tercero, y como más arriba ha sido reseñado, el procedimiento consistente en la valoración del tiempo de servicios prestados por los interinos y contratados ha constituido un expediente utilizado por las diferentes Administraciones públicas (estatal, autonómica y local) para normalizar y consolidar la situación de quienes prestaban sus servicios en las mismas, desprovistos de las notas de inamovilidad y permanencia características del *status* funcional, a fin de integrar definitivamente a estas personas en los respectivos Cuerpos y Escalas de funcionarios, por lo cual la sentencia del Tribunal Constitucional, objeto de estas páginas, reviste una enorme trascendencia, tanto desde la perspectiva del entendimiento de los principios constitucionales rectores del acceso a la Función pública como desde la más inmediata de la real utilización por nuestras Administraciones de determinados procedimientos a la hora de seleccionar a su personal.

(4) Una magnífica muestra del modo de argumentar de las Audiencias Territoriales lo constituye la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia 522/1988, de 23 de mayo (Ponente: Sr. Ferrando Marzal. Referencia: *Actualidad Administrativa* número 30, Semana 25-31 julio de 1988, pp. 1773-1775), en la cual, ante una impugnación contencioso-administrativa intentada por el procedimiento especial de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, en pleito suscitado como consecuencia de la convocatoria por el Ayuntamiento de Valencia de concurso-oposición libre para cubrir 24 plazas de economista de la Escala de Administración Especial, convocatoria efectuada por Acuerdo del Pleno de 26 de septiembre de 1987, que aprobaba las bases del oportuno procedimiento selectivo, y adoptado de conformidad con el Real Decreto 2224/1985, de 20 de noviembre, dictado, como sabemos, en desarrollo de la Disposición transitoria octava LRBRL, va a sentar en su 2.º considerando:

«Este mismo Tribunal ha sostenido reiteradamente el criterio plasmado, entre otras, en la sentencia 416/1988 de que *si bien es cierto que el Real Decreto 2224/1985, de 20 de noviembre, fue promulgado como consecuencia de la reforma de la Función Pública, y con la finalidad de consolidar la situación del personal interino y contratado, lo que podría justificar la concesión de algunos puntos a dicho personal a fin de premiar los servicios prestados con relación al resto de los aspirantes, la concesión de hasta el 45 por 100 del total máximo de puntos que pueda alcanzarse en las pruebas selectivas es excesivo, hasta el punto de que supone una evidente discriminación respecto a los demás opositores, al exceder de una concesión racional para la finalidad perseguida y se convierte en un privilegio que prácticamente priva a los demás opositores de la expectativa de acceder a alguna de dichas plazas, infringiéndose así el principio de igualdad que en orden al acceso a cargos y funciones públicos, consagran los artículos 14 y 23 de la Constitución; a lo que debe añadirse que su forma de aplicación vulnera claramente el artículo 103,3 de la Constitución, que debe reputarse complemento de su artículo 23, en cuanto dispone que la Ley regulará el acceso a la Función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, toda vez que dicha distribución de puntos permite el acceso a los opositores, aun en el supuesto de una flagrante incompetencia, como sería el caso de que no obtuvieran la calificación mínima de cinco puntos en ninguno de los ejercicios de que consta la oposición, y que integran el límite de puntuación exigido para aprobar».*

IV. LAS TESIS DE LA DEFENSA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE EXTREMADURA Y DEL MINISTERIO FISCAL

Así, pues, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1988 va a erigirse en el antecedente inmediato del proceso constitucional de amparo resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1989, sentencia que analizaremos a continuación, no sin antes hacer una breve mención a las tesis sustentadas por el defensor de la Administración autonómica extremeña y por el Ministerio Fiscal, coincidentes en el sentido de propugnar la no vulneración de los artículos 14 y 23 de la Constitución por parte de la Orden de la Junta de Extremadura por la que se convocaba, en los términos señalados, procedimiento selectivo de acceso a la Función pública autonómica, y que de este modo venían a ratificar la posición de la sentencia del Supremo aludida y, de rechazo, atacar la de la Audiencia Territorial de Cáceres igualmente mencionada, que, como sabemos, había considerado desproporcionada y arbitraria la regulación y trascendencia de la valoración del tiempo de servicios prestados por los interinos y contratados de la Administración pública extremeña y, por consiguiente, atentatoria de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

La argumentación del Letrado de la Comunidad Autónoma extremeña, en su defensa de la regulación contenida en la Orden autonómica de 25 de agosto de 1987, regulación refrendada por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1988 (5), puede

(5) He utilizado en el texto el término «regulación» para poner de manifiesto cómo, no obstante constituir la convocatoria de oposiciones un típico ejemplo de acto administrativo de carácter general, de los tipificados en el art. 46.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, caracterización que sin duda permite una nítida diferenciación respecto de las disposiciones administrativas generales o reglamentos, en virtud del conocido criterio ordinalista o de inserción en el ordenamiento jurídico [por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA «Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición», en su libro *Legislación delegada y potestad reglamentaria*, 2.ª Ed. Tecnos, Madrid, 1981, pp. 237-247, trabajo con anterioridad publicado en *Revista de Administración Pública* núm. 29 (1959)], piedra angular, como es de sobra conocido, de la distinción entre acto administrativo y Reglamento, como ya evidenciaba en su día Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO [«Actos administrativos generales y Reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones», *Revista de Administración Pública* núm. 40 (1963), pp. 225 y ss., *in toto*], ello no obstante, reitero, supuestos como el analizado patentizan la existencia de una zona de confluencia o de indefinición, en la cual la aplicación de las categorías al uso en la doctrina (básicamente, el criterio ordinalista, como ya hemos señalado) no permiten, sin embargo, una nítida configuración de determinadas actuaciones. Pues, en efecto, incorporando, como es aquí el caso, la convocatoria efectuada por la Administración un *novum* respecto de la normativa que se dice aplicar o ejecutar (esto es, la valoración conforme a un determinado baremo de los méritos computables en la fase de concurso), surge la duda acerca de si la misma tiene naturaleza de mero acto administrativo o, por el contrario, es factible detectar en ella determinados elementos reglamentarios o normativos, a pesar de tener una vigencia limitada y ser de exclusiva aplicación al supuesto de que se trata. En definitiva, ejemplos como éste evidencian (circunstancia para otra parte ya

desglosarse (tal y como se resume en el Antecedente quinto de la Sentencia constitucional) del modo siguiente:

a) Constituye una obligación legal para la Administración Pública autonómica la valoración del tiempo de servicios efectivos prestados por las personas previamente contratadas o en situación de interinidad en la Administración extremeña a la hora de diseñar el procedimiento selectivo de acceso a la Función Pública.

b) La Administración autonómica, en virtud de la previsión contenida en la oportuna convocatoria, no hace sino concretar, desde la perspectiva del procedimiento selectivo arbitrado, los principios de mérito y capacidad, concreción que responde al ejercicio del necesario «margen de apreciación» de que dispone la Administración, de acuerdo con la doctrina de la sentencia constitucional 50/1986.

c) La valoración como mérito alegable de los servicios efectivos prestados por los interinos y contratados no constituye una referencia individualizada que esté proscrita por el texto constitucional.

d) En relación con el anterior punto b), la previsión y consecuente valoración de unos méritos determinados, con la subsiguiente exclusión de otros diferentes, responde a un principio de discrecionalidad administrativa, cuyo único límite estriba en la necesaria toma en consideración de aquellos contemplados por la Ley (en nuestro caso, los servicios de interinos y contratados), que, a mayor abundamiento, confiere un verdadero derecho a los afectados, derecho que no puede ser desconocido por la Administración.

e) Reconocer, como único mérito alegable, el tiempo de servicios prestados en modo alguno entra en colisión con el principio constitucional de igualdad, como ha reconocido la sentencia del propio Tribunal Constitucional 137/1986.

advertida por el propio MARTÍN-RETORTILLO) la existencia de una zona brumosa o de duda, que no permite una clara adscripción a una u otra categoría, esto es, mero acto administrativo o reglamento, y que incide, sin embargo, en la propia esencia de la configuración del ordenamiento jurídico, caracterizado por una progresiva labor de concreción o paso de lo general a lo concreto, en que consiste en última instancia la innovación y aplicación de aquél, sin que sea factible, en consecuencia, determinar con nitidez la afectación a una u otra vertiente de los últimos eslabones de la cadena en que estriba la cotidiana actuación administrativa. Por utilizar un ya clásico interrogante de J. L. MEILÁN GIL podemos así señalar: «¿Cuándo se está en presencia de una concreción que es todavía desarrollo de la norma o cuándo se está en presencia de una concreción que es ya aplicación de la misma a un caso, es decir, un acto administrativo?» (*La distinción entre norma y acto administrativo*, ENAP, Madrid, 1967. Tomo la cita de G. ARIÑO ORTIZ *Las tarifas de los servicios públicos. Poder tarifario, poder de tasación y control judicial*, Instituto «García Oviedo», Sevilla, 1976, p. 123, por nota, quien la recoge a propósito de la naturaleza, administrativa o reglamentaria, de la fijación de las tarifas de los servicios públicos). Igualmente, sobre la diferenciación entre actos normativos y actos no normativos, el agudo comentario de J. LEGUINA VILLA *Legitimación, actos administrativos generales y Reglamentos. El valor normativo*.

f) Por lo que atañe a la concreta cuantificación de los servicios prestados por los interinos y contratados, la misma se efectuó de acuerdo con criterios avalados por órganos especializados y con claros precedentes normativos (léase la normativa estatal aludida).

g) En todo caso, el procedimiento selectivo del concurso-oposición, en los términos antedichos, ha de ser confrontada desde la perspectiva de la transitoriedad que le es propia, justificada en la necesidad de dar respuesta al problema del personal no permanente.

h) Los principios de mérito y capacidad resultan configurados por el texto constitucional como basamento del acceso a la Función pública y situados por el constituyente y el legislador ordinario en pie de igualdad, por lo que no hay razón para considerar preferente a uno sobre otro. De ahí que el único límite estribe en la preterición u olvido de alguno, sin que, en consecuencia, pueda tacharse de inconstitucional la traducción que de cada uno de ellos haya efectuado en cada caso concreto el órgano administrativo competente.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, abundando en las tesis del Letrado de la Comunidad Autónoma, va a insistir igualmente en el hecho de rechazar que, valorar los servicios prestados como único mérito alegable, constituya una lesión del principio constitucional de igualdad. Sentado esto, va a proceder de modo idéntico a desmontar la objeción suscitada por el recurrente en amparo, según la cual la referenciada valoración resulta desmesurada o arbitraria, para lo cual constata, primero, que dicha medida tiene carácter transitorio y limitado a muy concretos supuestos, y, en segundo lugar, que no puede tildarse a la misma de inconstitucional por no contener aquella «referencia personal» que prohíbe la sentencia constitucional 148/1986.

«No es posible en sede constitucional realizar un juicio sobre la oportunidad de la medida y sobre la situación funcional, pues ello sería sustituir las valoraciones que el legislativo o las Administraciones públicas hagan dentro de la ley de la realidad y aquí no estamos ante un derecho de libertad —el de acceso a la Función pública—, sino de prestación, cuya configuración corresponde a la ley y el desarrollo de ésta es cometido de la Administración. Salvo casos extremos en que se detecte una falta de racionalidad por no responder a criterios admisibles de general aceptación, no es misión propia de la jurisdicción constitucional

emitir un juicio sobre si la puntuación máxima asignada a los servicios prestados, debe ser inferior al 45 por 100 establecido» (6).

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 67/1989, DE 18 DE ABRIL

Expuestas del modo indicado las pretensiones procesales de las partes en el proceso constitucional de amparo, así como la argumentación que les sirve de sustento, procede ahora entrar a dar noticia de la resolución del Tribunal Constitucional, que, como habíamos adelantado, y asumiendo la tesis del recurrente, va a anular la orden autonómica por la que se convocaba el oportuno concurso-oposición selectivo, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1988, que confirmó la legalidad y constitucionalidad de aquélla, reconociendo, en consecuencia, el derecho del impugnante en amparo a participar en el correspondiente procedimiento selectivo de conformidad con una convocatoria que ha de ser dictada por la Junta de Extremadura y que respete el principio constitucional de igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicos. Para llegar a este contenido del fallo, el Tribunal Constitucional analizará los diferentes argumentos esgrimidos ante el mismo.

Comienza el Tribunal Constitucional, tras efectuar una breve alusión a la concreta configuración del procedimiento selectivo llevado a los autos, por enmarcar el objeto de la litis, objeto que estriba en determinar si la valoración que de los servicios prestados por el personal no permanente de la Junta de Extremadura (interinos y contratados) efectúa la Orden impugnada contraría o no el «derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas» derecho de igualdad que, de conformidad con una constante jurisprudencia del propio Tribunal, no es sino una especificación del

(6) No creo resulte necesario insistir demasiado para poner de manifiesto el grave error deslizado en la argumentación del Ministerio Fiscal cara a sostener la viabilidad constitucional de la medida de la Administración pública debatida. En efecto, no es en absoluto defendible afirmar que en el caso presente estamos no ante un derecho de libertad de los ciudadanos —el de acceder a las funciones públicas— sino ante un derecho de prestación, que habilita a la Administración pública para configurar discrecionalmente el modo de selección de su personal. Que el precitado acceso deba verificarse en el marco diseñado por la Ley y la propia Administración (art. 103.3 de la Constitución) no es, bien se comprende, objeción válida para desvirtuar la naturaleza de un derecho, calificado por el constituyente como fundamental (art. 23.2, incardinado en la Sección 1.ª del Cap. 2.º del Tit. I del texto constitucional), y cuya real virtualidad impone el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, rectores de aquel acceso y, por ende, definidores del ámbito en que pueden legítimamente producirse las decisiones legislativas y administrativas.

principio de igualdad ante la Ley (en este sentido, Sentencia constitucional 86/1987, de 2 de junio).

El Tribunal Constitucional, en la consecución de la pretendida labor de discriminar si ha existido o no vulneración del principio (derecho) de igualdad en el caso examinado, cifra en dos las cuestiones objeto de debate procesal: la referida a la previsión como único mérito alegable en la fase de concurso del procedimiento de selección del tiempo de servicios prestados por interinos y contratados en detrimento de otros eventuales y admisibles méritos, y, en segundo lugar, la trascendencia que en el resultado final del concurso-oposición tienen los méritos considerados y valorados.

En este sentido, el Tribunal Constitucional sienta una afirmación previa que es preciso constatar a fin de encuadrar con mayor rigor la cuestión controvertida:

«El principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución, que ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del artículo 103.3 de la Constitución (Sentencia 193/1987, de 9 de diciembre), se refiere a los requisitos que señalen las leyes, lo que concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de cuáles han de ser los méritos y capacidades que se tomarán en consideración. Esta libertad está limitada por la necesidad de no crear desigualdades que sean arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad. *No corresponde a este Tribunal, como recuerda el Ministerio Fiscal, interferirse en ese margen de apreciación ni examinar la oportunidad de la medida legal o administrativa para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles, sino sólo comprobar si no se ha sobrepasado ese margen de libertad creando una diferencia de trato irracional o arbitraria entre los opositores o concursantes.*»

a) En relación con la primera de las cuestiones cuyo análisis resultaba determinante de la eventual infracción del principio de igualdad, el reconocimiento como único mérito alegable de los servicios prestados a la Administración pública autonómica por quienes se encontrasen ligados a la misma como interinos o contratados, el Tribunal Constitucional va a afrontar su estudio desde la perspectiva ya señalada en anteriores pronunciamientos

del propio Tribunal, esto es, si tal previsión constituye una referencia individualizada y concreta, favorecedora de determinadas personas cuya identidad es fácilmente constatable, en detrimento de la necesaria adopción de un procedimiento selectivo establecido «en términos generales y abstractos» o «con carácter general», como preconizan los artículos 23,2 y 103,3 de la Constitución, en cuanto de éstos es deducible la necesidad de una «fundamentación objetiva» de los méritos previstos por la oportuna convocatoria (7).

En este sentido el Tribunal Constitucional, en línea con lo argumentado por el Letrado de la Comunidad Autónoma, va a afirmar que «la valoración de los méritos de los funcionarios en situación precaria, exigida por la Ley de la Función Pública de Extremadura, valorándose su antigüedad o los servicios prestados no constituye, ni directa ni indirectamente, la referencia individualizada, singular, específica y concreta» que, en cuanto tal, sería la única prohibida por el texto constitucional, entendiéndose en consecuencia que la convocatoria ha fijado «de modo objetivo y abstracto, sin indicación de persona alguna, unos méritos computables a los funcionarios interinos y contratados, por lo que, en este punto, la específica configuración del procedimiento de selección es plenamente acorde con el texto constitucional».

(7) Los anteriores pronunciamientos del propio Tribunal Constitucional a que éste se remite y que enmarcan su argumentación en el Fundamento Jurídico Segundo son los siguientes. Así, en la sentencia 50/1986, de 23 de abril, se va a decir en su Fundamento Jurídico Cuarto que «la exigencia que deriva del artículo 23.2 de la Constitución Española es la de que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos y funciones públicos y, entre tales reglas, las convocatorias de concursos y oposiciones se establezcan en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas, como ya dijimos en nuestra sentencia 42/1986, de 22 de diciembre, pues tales referencias son incompatibles con la igualdad». En la 148/1986, de 25 de noviembre, se afirmará *de las disposiciones organizatorias*, *Revista de Administración Pública* núm. 49 (1966), pp. 193 y ss., especialmente, pp. 209 y ss. al comienzo del Fundamento Jurídico Noveno que «el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 tiene como contenido específico que no se produzcan acepciones o pretericiones *ad personam* en el acceso a las funciones públicas» (por cierto que, aun al margen del objeto de nuestro comentario y a título de mero inciso, puede reseñarse que esta polémica sentencia, resolutoria de un recurso de amparo interpuesto con ocasión de la integración de los Profesores Agregados de Universidad en el Cuerpo de Catedráticos de Universidad, tal como dispuso la Disposición transitoria séptima de la Ley de Reforma Universitaria, Ley 11/1983, de 25 de agosto, mereció un muy duro comentario crítico del Profesor T. R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ. Véase, así, «Del Tribunal García Pelayo al Tribunal Tomás y Valiente», en su libro *Entre el Derecho y la Política (Escritos dispersos de un jurista independiente)*, Abellá, Madrid, 1987, pp. 259 y ss., en concreto, pp. 262-63. Finalmente, en la sentencia 18/1987, de 16 de febrero, y en consonancia con esta línea argumental, ahora sintetizada en la de 18 de abril de 1989, se va a referendar una vez más (Fundamento Jurídico Sexto) que «lo que el artículo 23.2 de la Constitución viene a prohibir es que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos y funciones públicos se establezcan, no mediante términos generales y abstractos, sino mediante referencias individuales y concretas». Cita también el Tribunal Constitucional, en este sentido, una sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1971, que, aplicando la teoría de la desviación de poder, anuló un concurso que había sido establecido con el «preconcebido propósito» de nombrar a una determinada persona.

b) Igualmente en relación directa con la expresa previsión de la antigüedad como único mérito alegable se aborda su constitucionalidad desde una perspectiva negativa, esto es, la consideración de la exclusión de otros posibles méritos de la oportuna valoración en la fase de concurso, falseándose, de este modo, según el recurrente, la igualdad necesaria en el procedimiento de selección. El examen de la citada consideración parte de la asunción de la siguiente premisa: la valoración como único mérito de los servicios prestados por interinos y contratados ofrece una dimensión temporal caracterizada por su transitoriedad (su limitación a dos únicas convocatorias) y una perspectiva teleológica o finalista («reconvertir o consolidar al personal contratado e interino no permanente en funcionarios de la Comunidad Autónoma, mediante el reconocimiento de los servicios prestados como mérito en la fase de concurso»).

En consecuencia, la adecuación de tal previsión a los postulados constitucionales de acceso a la Función pública de conformidad con un criterio de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, no se cifra en el análisis de la constitucionalidad de la medida (aceptada incluso por el propio recurrente) sino desde la perspectiva de la «relevancia cuantitativa» que la citada valoración asume y, en particular, que la antigüedad sea el único mérito tenido en cuenta en la fase de concurso. Estas precisiones llevan al Tribunal Constitucional a sostener, desestimando de esta manera los argumentos del solicitante del amparo, que «el considerar como único mérito la antigüedad no puede estimarse como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable en relación a esa finalidad, y aunque efectivamente establece una desigualdad, ésta viene impuesta en atención a un interés público legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la Función Pública extremeña», alineándose de este modo con las tesis del Ministerio Fiscal y las anteriormente vertidas del propio Tribunal en su sentencia 137/1986, de 6 de noviembre.

c) Afirmada, en consecuencia, desde la óptica del juicio de constitucionalidad relevante en un proceso de amparo, la legitimidad de la consideración como mérito exclusivo de la antigüedad, a efectos de valorar, en la fase de concurso, el tiempo de servicios prestados por el personal no permanente de la Administración autonómica, el Tribunal Constitucional procede a analizar, en el Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia de 18 de abril de 1989, «si la ponderación de ese único mérito valorable ha sido tan desproporcionada e irracional que ha podido desconocer el derecho de igualdad», trayendo a colación, en esta línea argumentativa, unas palabras de su sentencia 137/1986, de 6 de noviembre,

citada en el anterior Fundamento Jurídico, a cuyo tenor valorar como único mérito los servicios efectivos prestados a la propia Administración no constituye por sí una vulneración del texto constitucional, sin perjuicio de la toma en consideración de aquellas disposiciones o actos de ejecución de la norma en cuanto infrinjan de hecho o de derecho el principio de igualdad ante la Ley y de libre acceso a la Función pública.

En este sentido afirma el Tribunal Constitucional que «el juicio de igualdad tiene un sentido exclusivo de evitación o reparación de las discriminaciones y no de la determinación de cuáles sean las opciones mejores o más adecuadas que pudiera haber elegido la Administración», desde el momento que «sólo cabe comprobar si tal ponderación es manifiestamente irracional, no responde a criterio admisible de general aceptación y supone prácticamente la exclusión de otros, en este caso de los que concurren desde fuera de la Administración».

Desde esta perspectiva, continúa el Tribunal, si bien la atribución de 0,60 puntos por mes de servicios efectivos prestados, valoración que puede alcanzar en la fase de concurso 13,50 puntos, esto es, el 45 por 100 de la puntuación máxima de la fase de oposición, con la ventaja añadida de resultar aplicables los puntos de que se disponga por la de concurso tanto para superar, en su caso, los distintos ejercicios de la oposición, como para hallar la nota final del procedimiento selectivo, esta valoración, repito, que «puede parecer desproporcionada» y que da «una sustancial ventaja a quienes pueden beneficiarse de esta única valoración de méritos», sin embargo, y aquí comienza el giro de la argumentación del Tribunal, «esta valoración del mérito del tiempo de servicios, *aunque esté en el límite de lo tolerable*, no excluye por entero de la competición a quienes carecen de él, pese a que les impone, a los opositores "por libre", para situarse a igual nivel de puntuación que los actuales funcionarios (sic) un nivel de conocimiento superior, pero sin que ello impida el acceso a la Función pública extremeña de quienes no prestaron servicios anteriormente en la Administración autonómica, como se ha demostrado además a través de los ejercicios ya realizados».

En consecuencia, estima el Tribunal Constitucional, y aquí desemboca finalmente la argumentación a propósito de este motivo del amparo, que la valoración cuantitativa del tiempo de servicios efectivos prestados «no ha llegado a sobrepasar los límites de disponibilidad de la Comunidad Autónoma al no poder considerarse por sí sola como violación del derecho fundamental que garantiza el artículo 23.2 de la Constitución».

d) Llegados a este punto en la exposición de la argumentación del Tribunal constitucional se impone, antes de abordar el análisis del último motivo invocado como fundamento del recurso de amparo, y que a la postre va a permitir a aquél otorgar el amparo solicitado, se impone, digo, una breve síntesis de los argumentos ya analizados por el Alto Tribunal.

Según el Tribunal Constitucional, la consideración del tiempo de servicios prestados por los interinos y contratados no puede considerarse atentatorio al principio de igualdad, pues el mismo constituye un elemento susceptible de integrar el concepto jurídico indeterminado «mérito», a lo cual, por lo demás, venía obligada la Administración convocante, y tal previsión no supone una «referencia concreta e individualizada» susceptible de merecer tacha de inconstitucionalidad. En segundo lugar, tampoco resulta anticonstitucional prever como único mérito alegable en la fase de concurso la antigüedad, pues entra dentro del margen de discrecionalidad de la Administración pública excluir cualquier otro eventual mérito susceptible de valoración en la medida que su consideración no venía exigida por la correspondiente Ley Autonómica de la Función Pública y era congruente con la declarada finalidad de normalizar la situación del personal no permanente, amén de que dicha previsión tenía un mero carácter transitorio. Finalmente, el Tribunal Constitucional rechaza la alegación de resultar desproporcionada la valoración atribuida al único mérito tomado en consideración, la antigüedad, desde el momento que la misma no impedía que concursantes ajenos a la propia Administración convocante pudieran acceder a la Función pública, si bien los mismos debían poseer un nivel de conocimientos superior a fin de compensar la inicial ventaja de interinos y contratados.

Pues bien. El núcleo duro de la demanda de amparo, el *punctum saliens* de la cuestión debatida, que, como digo, va a resultar determinante en la solución adoptada, estará representado por el hecho de la aplicación, permitida por la convocatoria, de los puntos obtenidos en la fase de concurso (la valoración de la antigüedad, es decir, de los servicios efectivos prestados por contratados e interinos) a la superación, si a ello hubiere lugar por no alcanzarse la puntuación mínima requerida, de cada uno de los ejercicios de la fase de oposición, y posibilidad ulterior de sumar los que aún restasen de esta eventual aplicación consuntiva a la nota media obtenida en los diferentes ejercicios de la oposición. Entendía el recurrente que esta posibilidad vulneraba el principio de igualdad desde el momento en que todos los concursantes (ajenos o no a la Administración pública convocante) debían estar en condiciones de igualdad en la fase de oposición, pues la antigüedad, los

servicios previamente prestados, ya habían sido tomados en consideración en la valoración de la fase de concurso. Por su parte, la Junta de Extremadura, que gráficamente calificaba a este sistema como la «mochila», consideraba que nos encontramos ante un uso legítimo de la habilitación conferida a la Administración autonómica para rellenar el concepto jurídico indeterminado «mérito y capacidad» y que «los principios de capacidad y mérito son igualmente relevantes desde el punto de vista constitucional. Los puntos obtenidos en aplicación de uno de ellos (el de mérito) no valen menos que los conseguidos en virtud del otro (los de capacidad), ni hay base constitucional para sobreprimiar o considerar a unos como condición inexcusable de los otros. Ambas circunstancias son constitucionalmente relevantes». Insiste la defensa de la Junta de Extremadura en el carácter transitorio (limitado a dos convocatorias) del procedimiento arbitrado, así como el respaldo dado al mismo, en ocasiones similares, por el Tribunal Supremo (sentencias de 4 de marzo, 16 de mayo y 8 de junio de 1987), y en el hecho de que la capacidad de los interinos y contratados ya quedó de manifiesto con la superación de determinadas pruebas selectivas y de una entrevista personal cuando accedieron al servicio de la Administración pública autonómica.

Este conjunto de razones esgrimidas por la Junta de Extremadura para sostener la viabilidad de este concreto punto ahora debatido no son tomadas en consideración por el Tribunal Constitucional, puesto que las mismas «sólo pueden servir de justificación de su buena fe, que no está aquí cuestionada, pero no bastan para justificar la constitucionalidad de la medida», cuya legitimidad ha de hallarse por otros derroteros sin que sean asumibles los que aporta la propia Administración.

Otra va a ser, por tanto, y como ya quedó reseñado, la solución que a este problema dé el Tribunal Constitucional. La valoración que al mismo le merece el concreto extremo de la convocatoria que permitía la aplicación de la puntuación de la fase de concurso a la subsiguiente oposición, quedará enmarcada en estos términos desde la vertiente de su constitucionalidad en amparo. Dice así el Tribunal Constitucional:

«Se ha estimado que no se lesiona el principio de igualdad el que el tiempo de servicios sea el único mérito valorable en la fase de concurso y la ponderación que la base 4 da a ese mérito en la fase de concurso, pero se ha estimado que esas reglas eran compatibles con el artículo 23.2 de la Constitución, porque no trataban de favorecer desproporcionadamente a determinados aspirantes en perjuicio y con exclusión de otros aspirantes legitimados para

acceder a las plazas, dejando que las posibles capacidades y méritos personales de los aspirantes «de fuera» se mostrasen en la fase de oposición. Sin embargo, esta *nueva regla* del párrafo ocho de la base 4.1, en conexión con las anteriores, *favorece desproporcionadamente a unos opositores frente a otros*. Para la aprobación de cada una de las tres pruebas en que consiste la fase de oposición exige en realidad a unos opositores el doble de conocimientos que a otros, siendo la razón de la diferencia el mero hecho de haber prestado servicios durante breve tiempo a la Comunidad Autónoma de Extremadura. *Esta diferencia sensible de niveles de exigencia supone que los aspirantes «de fuera» ven reducida al mínimo su posibilidad de acceso a la Función pública, exigiéndoseles un nivel de conocimientos elevado, mientras que los opositores que ya prestan servicio en la Administración autonómica pueden aprobar los correspondientes ejercicios con notas inferiores y que no garantizan la suficiencia de sus conocimientos. De este modo, el dato relevante para aprobar la fase de oposición es el hecho, ya valorado como mérito en la fase de concurso, de haber prestado servicios anteriormente a la Comunidad Autónoma.»*

Y prosigue el Alto Tribunal:

«La convocatoria impugnada consigue así el mismo efecto práctico de concesión de ventajas y privilegios, y de restricción de competencia «externa», que perseguía la práctica de pruebas restringidas para el acceso a la función pública, que fue suprimida por legislación estatal, y también por la propia Ley de la Función Pública extremeña, cuya Disposición transitoria establece expresamente como límite para la consideración como mérito de los servicios prestados el que ello se haga con respeto del principio de igualdad del artículo 23.2 de la Constitución. Sin embargo, ese límite no ha sido respetado por este párrafo ocho de la base 4.1, puesto que *la aplicación de los puntos obtenidos en la fase de concurso a cada uno de los ejercicios obligatorios de la fase de oposición, para permitir alcanzar, en su caso, la puntuación mínima establecida para aquéllos en la convocatoria, supone una diferencia no razonable y arbitraria de trato entre quienes concurren a la oposición, habiendo prestado un breve tiempo de servicios como contratados e interinos y los demás opositores, a quienes en la fase de concurso no se les valoran otros méritos, pero*

a los que además se les exige, para no quedar eliminados, una puntuación que dobla la mínima exigible a los que concursan para consolidar su propia plaza.»

Es esta constatación de la desigualdad de trato entre unos y otros opositores, en que finalmente se traducen las concretas previsiones del procedimiento selectivo establecido, lo que «ha de ser estimado como *arbitrario e incompatible con los principios de mérito y capacidad*». En consecuencia, el Tribunal Constitucional aprecia que la misma vulnera el derecho de igualdad en el acceso a las funciones públicas del solicitante de amparo, por lo que reconoce su derecho de concurrir a una nueva convocatoria ajustada a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, anulando, por consiguiente, en su totalidad la Orden impugnada por cuanto su incidencia en el procedimiento selectivo global no permite otra diferente solución, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1988, que vino a ratificar la viabilidad del concurso-oposición en los términos ahora anulados por el Tribunal Constitucional. Únicamente, y accediendo a una petición formulada con carácter subsidiario de la Junta de Extremadura, el Tribunal Constitucional dispone «la conservación de aquellos actos cuyo contenido hubiera permanecido el mismo de no haberse realizado la infracción de origen de la nulidad. Por todo ello, ha de declararse que, quienes aprobaron los ejercicios de la fase de oposición sin necesidad de que se les aplicasen puntos obtenidos en la fase de concurso tiene una expectativa legítima a la conservación de la validez de esas calificaciones», sin que, en consecuencia, una vez cumplimentada la tramitación del procedimiento oportuno en los términos de la nueva convocatoria que ha de ser publicada por la Junta de Extremadura deban superar de nuevo los diferentes ejercicios ya realizados de la fase de oposición, quedando, en consecuencia, a expensas del resultado final obtenido por los demás concursantes a los que sí afecta la sentencia del Tribunal Constitucional.

Este concreto extremo del contenido del fallo, por el que se dispone la conservación de los actos no afectados por el vicio de inconstitucionalidad declarado por el Tribunal Constitucional, pudiera ser objeto de cierta discusión, en la medida que se considerara que la anulación del procedimiento selectivo por la precitada violación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a los cargos y funciones públicos, debiera conducir a la retroacción de actuaciones y, en consecuencia, a la nueva e íntegra celebración del procedimiento selectivo, celebración ajustada, como hemos señalado, a las nuevas bases

que ha de publicar la Administración pública convocante de conformidad con el contenido de la Sentencia constitucional.

No obstante, una tal solución, quizá excesivamente rigorista, si bien fundada en el carácter unitario de los procedimientos de selección y en la mayor pureza y objetividad de los mismos, no es la única viable en estos supuestos, ni probablemente, la más conveniente desde la perspectiva de las respectivas posiciones jurídicas de la Administración convocante y de los opositores no afectados por la sentencia. En efecto, con independencia de la responsabilidad administrativa que pudiera, en todo caso, deducirse de la íntegra anulación del procedimiento de selección operada, no cabe desconocer, primero, que la vulneración de los principios constitucionales citados no se extiende, como es natural, a aquellos supuestos en los cuales distintos opositores han superado los diferentes ejercicios de la fase de oposición con total independencia y abstracción de los puntos (eventuales) de la fase de concurso, y, segundo, que en relación con la incidencia que la valoración de la antigüedad se le atribuya en las fases de la nueva convocatoria que ha de publicarse respecto del resultado final del procedimiento de selección (excluyendo, ocioso es reiterarlo, la tan aludida aplicación consuntiva a la fase de oposición, ahora definitivamente desterrada) no puede, en este momento, objetarse sino que ha de mantenerse, como dice el propio Tribunal Constitucional «en el límite de lo razonable», so pena de infringir el artículo 23,2 constitucional, sin que pueda prejuzgarse que una vez publicada la nueva convocatoria y efectuados con arreglo a la misma los diversos trámites del procedimiento selectivo, igualmente se reitere la alegada infracción de los fundamentales principios de igualdad, mérito y capacidad.

VI. ALGUNAS REFLEXIONES A PROPOSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1989, que anula la Orden de la Junta de Extremadura de 25 de agosto de 1987 y revoca la posterior sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1988, confirmatoria de aquélla, ha venido a sentar criterios muy precisos y claros desde la fundamental perspectiva del acceso a la Función pública y de los criterios rectores que postulan los artículos 23,2 y 103,3 del texto constitucional como paradigmas de aquél: el acceso en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Más en concreto, bajo la veste del concurso-oposición como procedimiento de selección, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad,

enfatisando y remarcando su declaración, de reafirmar que el propósito, constitucionalmente legítimo, de favorecer la consolidación del personal que previamente venía prestando sus servicios a la Administración pública como contratado o interino, mediante la fórmula de la valoración de los servicios efectivamente prestados, esto es, la antigüedad, en ningún caso podrá hacerse vulnerando la más elemental garantía de igualdad, de modo que quede lesionado el principio de capacidad, que junto al de mérito rige y disciplina el acceso a las funciones públicas. Que, aun con caracteres de transitoriedad (el sentido último es, como se ha dicho, normalizar y regularizar el *status* del personal en situación precaria, para lo cual se prevé, en el caso controvertido, durante un máximo de dos convocatorias, un específico y singular procedimiento, enormemente beneficioso para quienes ya se hallaban integrados en la Administración como interinos y contratados), los procedimientos de selección no pueden, en ningún caso, sobreprimir de tal modo a unos concursantes sobre otros que para determinadas personas el acceso a la Función pública se convierta en tarea poco menos que imposible, al tener que demostrar un nivel de conocimientos muy superior al contrastado por quien ya se encontraba prestando sus servicios en la propia Administración convocante. De este modo, si, en atención a la finalidad intentada, no resulta inconstitucional valorar como mérito (y como único mérito, dado el margen de discrecionalidad de que dispone la Administración) el tiempo de servicios efectivos prestados por el personal no permanente, con exclusión de cualesquiera otros eventuales méritos susceptibles de ser valorados, ni, a mayor abundamiento, es tampoco atentatorio al principio de igualdad y de acceso a la Función pública de acuerdo con el mérito y la capacidad, la ponderación establecida por las bases del concurso del citado único mérito alegable, aun cuando, como dice el Tribunal Constitucional, tal valoración se halle en el «límite de lo razonable», lo que en verdad resulta inconstitucional es prolongar a la fase de oposición la trascendencia de la valoración de la de concurso, hasta el punto de permitir que una nota baja en cada uno de los ejercicios de aquella pueda ser compensada con los puntos atribuidos por la fase de concurso en virtud de la antigüedad, pues la fase de oposición lo que pretende es verificar el exacto nivel de conocimientos de los participantes a fin de dar cumplida satisfacción a las exigencias constitucionales del principio de capacidad, por lo que resulta de todo punto arbitrario, excesivo, desproporcionado e irrazonable computar en dicha fase de oposición un mérito ya valorado en la de concurso y que, más aún, va a desplegar una enorme potencialidad en la nota final del procedimiento selectivo.

Es esta concreta previsión la que el Tribunal tacha de inconstitucional, pues su admisión supondría, por el contrario, desvirtuar un procedimiento de selección libre y abierto (aun en su modalidad de concurso-oposición, con todas las modulaciones y matizaciones ya apuntadas), transformándolo en el establecimiento de unas pruebas restringidas, que, como el Alto Tribunal advierte, han sido desterradas de nuestro sistema de Función pública, con la salvedad de la promoción interna, prevista en el artículo 22 LMRFP, cuya configuración, no obstante obedecer a principios ciertamente diferentes, responde, en último término, a la finalidad de favorecer el ascenso dentro de la carrera administrativa de quienes, aun siendo funcionarios de carrera, se integran en un Cuerpo o Escala clasificado en un Grupo inmediatamente inferior a aquél a que pertenece la plaza convocada (8).

El objetivo perseguido por la convocatoria de que ahora ha tenido conocimiento el Tribunal Constitucional no era otro, en cumplimiento de una específica previsión de la Ley de la Función pública extremeña (de modo idéntico, en la LMRFP, LRBRL y leyes autonómicas correspondientes), que consolidar definitivamente en las estructuras administrativas al personal contratado e interino al servicio de la Administración Pública convocante, objetivo que, no obstante los términos en que ahora se ha planteado y resuelto por el Tribunal Constitucional desde la perspectiva del derecho fundamental de acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad y con estricto respeto a los principios de mérito y capacidad, ha constituido una constante en la historia de nuestra Función pública. Recuerdo así el agudo comentario que llevara a cabo hace algunos años el Profesor Luis Martín Rebollo, con ocasión de una convocatoria (bien es cierto que publicada bajo condicionamientos político-jurídicos muy diferentes de los que ahora alientan a nuestro Derecho de funcionarios) que permitía, mediante un concurso-oposición restringido, integrar en los oportunos Cuerpos Técnicos y de Letrados a aquellas personas que

(8) A las diferentes implicaciones que suscitaba la regulación contenida en el art. 22 LMRFP, en su versión de 2 de agosto de 1984, luego modificada en un concreto extremo por la Ley de 28 de julio de 1988, me he referido en mi comentario jurisprudencial «La promoción interna como derecho de los funcionarios y el criterio de acceso a la Función pública en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, circunstancia interna como derecho de los funcionarios y el criterio de acceso a la Función pública en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, circunstancia que, en mi opinión, imponía una determinada interpretación del citado artículo 22 LMRFP, luego asumida por vía legislativa tras la reforma de julio de 1988. Una exposición del régimen estatutario de la Función pública tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987 y la Ley 23/1988, de 28 de julio, en Fernando SAINZ MORENO «El Estatuto de la Función Pública después de la sentencia TC 99/1987 y de la Ley 23/1988», *Revista de Administración Pública*, núm. 117 (1988), pp. 321 y ss., en particular, pp. 332 y ss., por lo que respecta al régimen de la promoción interna.

habían accedido, en virtud de libre nombramiento y sin cumplimiento de requisito alguno, a la condición de Directores de Mutualidades Laborales, Delegados Provinciales y Subdelegados Provinciales del Servicio de Mutualismo Laboral, integración efectuada en virtud de la Orden ministerial de Trabajo de 30 de marzo de 1977 aprobatoria del Estatuto de Personal del Mutualismo Laboral (9). Como digo, aun en momentos muy dispares, la sempiterna cuestión del personal no permanente, de los «funcionarios» en situación precaria, aflora de tiempo en tiempo como rémora permanente de nuestra organización burocrática. De ahí, bajo una u otra fórmula, la continua necesidad del otorgamiento del *status* funcional a personas que, con o sin prueba selectiva previa, ingresaron en la Función pública como contratados o interinos, para, una vez instalados en el interior de la misma, comenzar un progresivo proceso de consolidación al cual no son ajenos los intentos de presión a fin de que su situación resulte lo más favorecida posible en los oportunos procedimientos de selección.

Piénsese en estos momentos, y una vez que la LMRFP abrogó para el futuro los contratos administrativos de colaboración temporal (Disposición adicional cuarta), en la situación de quienes accedieron a la organización administrativa en virtud de un contrato laboral permanente y pasaron a ocupar determinados puestos en la Administración que, por virtud de la sentencia constitucional de 11 de junio de 1987, deben ser cubiertos por personal sometido a una relación estrictamente funcional, en virtud, como dice la propia sentencia, de la opción del constituyente por el régimen estatutario o funcional (103.3), que impone una utilización ciertamente restrictiva y excepcional de los mecanismos de empleo puramente laborales. En este sentido, la nueva Disposición transitoria decimoquinta LMRFP, introducida por la Ley 23/1988, de 28 de julio, ha previsto la necesaria valoración del tiempo de servicios efectivos prestados por el personal laboral fijo que pretenda acceder a la condición de funcionario. Obviamente, la situación no es parango-

(9) Tomo la referencia del trabajo de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO «Carrera administrativa y *status* funcional (Principios constitucionales sobre Función pública)», incluido en su libro *Bajo el signo de la Constitución*, IEAL, Madrid, 1983, pp. 443 y ss., en concreto, pp. 459-460. La opinión de Luis MARTÍN REBOLLO en su comentario aparecido en el número 759 de la revista *Triunfo* de 13 de agosto de 1977, bajo el título «Funcionarios: claridad en las reformas», a que él mismo alude en su trabajo *La Constitución y su incidencia en el Derecho Público interno del Estado*, *op. cit.*, p. 38, por nota, juntamente con el anteriormente citado del propio Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO a propósito del «nuevo corporativismo» posibilitado por la primera convocatoria efectuada por la Administración del Estado para cubrir determinadas plazas de funcionarios habida tras la promulgación de la LMRFP de 1984, y que, como sabemos, contenía una valoración del tiempo de servicios prestados por los contratados administrativos e interinos de la misma idéntica a la que ha dado cauce a la sentencia constitucional de 18 de abril de 1989, objeto de nuestro comentario.

nable a la que aquí hemos examinado, ni mucho menos a la que comentaba el profesor Martín Rebollo, pero sin duda, y este es el dato que me interesa resaltar, quienes ya se hallan prestando sus servicios a la Administración pública, bajo un ropaje u otro, con una u otra modalidad de relación jurídica, intentan siempre por todos los medios a su alcance consolidar su situación en los términos más ventajosos posibles, circunstancia ésta que no es sino una consecuencia más del modo de estructuración de las organizaciones burocráticas y del peso e influencia, mayor o menor, eso es lo de menos, que sobre las mismas ejercen sus propios integrantes (10).

Como ha sido resaltado y se desprende de la Sentencia del Tribunal Constitucional comentada, el principio de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas es una exigencia ineludible en todo tipo de procedimiento de selección arbitrado por nuestras Administraciones públicas. Y ello para dar cumplimiento no sólo a un principio configurador de nuestro sistema jurídico-constitucional de libertades públicas sino como correlato preciso de la caracterización de aquéllas, puesto que, por imperativo constitucional, la Administración (todas las Administraciones, no sólo, como es obvio, la estatal, art. 103,1 de la Constitución) ha de servir con *eficacia y objetividad* los intereses generales (11),

(10) Tal es, en definitiva, uno de los numerosos aspectos evidenciados en el estudio de A. NIETO GARCÍA sobre la burocracia, en especial, cuando al aludir a la teoría clásica de la misma, ponía de manifiesto las contradicciones generadas por el modelo clásico de burocracia en su vertiente dinámica, fuere como consecuencia de la crisis del tradicional postulado de la jerarquía autoritaria, fuere como efecto de las propias disfunciones que engendra la burocracia en cuanto modo de gestión de los asuntos públicos: *La Burocracia. I. El pensamiento burocrático*, IEA, Madrid, 1976, pp. 530-562.

Repárese, no obstante, y a propósito de la valoración como mérito del tiempo de servicios prestados por quienes, habiendo accedido a la organización administrativa bajo una veste jurídico-laboral, pretendan, en virtud de las oportunas convocatorias, adquirir ahora la condición de funcionario y, por ende, someterse al régimen estatutario o reglamentario típico de los funcionarios de carrera, en la concreta regulación contenida en los artículos 4.º y 5.º del Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado, preceptos según los cuales si el sistema ordinario de acceso a la función pública mediante la adquisición de la condición de funcionario es el de oposición, restringiéndose la utilización del concurso-oposición y el concurso a aquellos supuestos en que así lo aconseje la naturaleza de las funciones que han de ser desempeñadas, por el contrario, la selección del personal laboral fijo previa a su contratación ha de efectuarse, como regla general, por el sistema de concurso, resultando excepcionales la oposición y el concurso-oposición. Si, como parece desprenderse de la sentencia del Tribunal Constitucional, el sistema de oposición es el más adecuado para calibrar el principio constitucional de «capacidad», sin duda esta diferente regulación someramente aludida habrá de ser tenida en cuenta cuando se dicten las bases en virtud de las cuales se valore como «mérito» el haber sido contratado laboral fijo a efectos de la integración en los diferentes Cuerpos y Escalas de funcionarios.

(11) Con carácter general, acerca de los postulados constitucionales de la Administración pública (de una Administración que «sirve», en gráfica expresión) y de la necesaria revisión de sus modos de actuación, cabe citar dos excelentes trabajos incluidos en el volumen colectivo *España: Un presente para el futuro*, tomo II (coordinado por E. GARCÍA DE ENTERRÍA), Instituto de

servicio del interés público que estará en relación directa con la real capacidad y saber de sus servidores, de los funcionarios públicos, a cuya finalidad el rigor en los procedimientos de selección constituye una obligación no sólo ética sino estrictamente jurídica y, además, situada en el más alto lugar de nuestro edificio constitucional. De este modo se alejará definitivamente el fantasma descrito en un trabajo, ya lejano en el tiempo, pero cuyo recordatorio es siempre procedente, del profesor Lorenzo Martín Retortillo, quien al aludir a la influencia de los partidos políticos en la designación de los funcionarios, a propósito de un supuesto muy concreto acaecido en Alemania a comienzos de los años sesenta, hablaba de los «funcionarios públicos por gracia de partido», tomando a préstamo una feliz frase de un autor alemán (12). Lo que de actualidad tienen las observaciones del ahora Catedrático de Madrid no radica sino en la necesidad de parar mientes en la permanente exigencia de seleccionar a todo el personal al servicio de las Administraciones públicas desde la óptica de un escrupuloso cumplimiento de la igualdad, mérito y la capacidad. De ahí que, como cautela, resulte elogiable, en esta línea de análisis, la previsión del artículo 20.3 LMRFP, a cuyo tener «en ningún caso el desempeño de un puesto de trabajo reservado a personal eventual constituirá mérito para el acceso a la función pública o la promoción interna».

En último término, la siempre latente tentación de primar como méritos (y en ocasiones sobreprimarlos, como en el caso examinado) circunstancias ciertamente discutibles, cuando no abiertamente contradictorias con un elemental principio de igualdad y de capacidad abonan la idea del mayor rigor y objetividad en la concreta configuración de los sistemas de acceso al empleo público, que es, en definitiva, la lectura que deja traslucir nuestro Tribunal Constitucional.

Estudios Económicos, Madrid, 1984. Me refiero a las colaboraciones de Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *Perspectivas de la Administración Pública*, pp. 227 y ss., en particular, pp. 230-231 y 239-249, y Luis MARTÍN REBOLLO, *Las relaciones entre las Administraciones Públicas y los administrados*, pp. 285 y ss., en especial, pp. 288 a 290. Este último trabajo reseñado constituyó, con ciertos retoques y añadidos, la lección de apertura del Curso Académico 1984-1985 de la Universidad de Extremadura, de cuya Facultad de Derecho fue catedrático su autor, y que fue publicado con el título «El Derecho Administrativo y las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos» por la propia Universidad extremeña, Cáceres, 1984, y objeto de un comentario de Lorenzo MARTÍN RETORTILLO en *Revista de Administración Pública* núm. 106 (1985), pp. 416 y ss.

(12) Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO. «¿Funcionarios públicos por gracia de partido? Consideraciones en torno a las relaciones entre funcionarios públicos y partidos políticos», *Revista de Administración Pública* núm. 39 (1962), pp. 229 y ss.

VII. ALGUNOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1989

Unas últimas observaciones a propósito de los efectos jurídicos que han de derivarse de la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1989. Esta Sentencia ha sido dictada, como reiteradamente hemos señalado, en un proceso constitucional de amparo, y es notorio que este tipo de sentencias únicamente despliega su eficacia, en los supuestos en que otorguen el amparo, desde la óptica limitada del restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho y la adopción de las medidas precisas para la consecución de tal finalidad, en los términos dispuestos en el correspondiente fallo (art. 55.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Al limitarse a la estimación subjetiva de un derecho, y no contener pronunciamiento alguno sobre la constitucionalidad de una norma con rango de ley, es claro que no surte efectos generales (art. 164 de la Constitución), no obstante lo cual, y por imperativo del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos vinculará la interpretación y aplicación de las leyes y reglamentos por los Jueces y Tribunales, por lo que es manifiesto que, en este punto concreto, la doctrina del Tribunal Supremo (de la que la sentencia de 22 de abril de 1988 constituye un ejemplo representativo de una determinada línea jurisprudencial) ha de ser corregida y encauzada en línea con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, como, por otro lado, ya se encargó de enfatizar desde el primer momento la más autorizada doctrina (13).

Más aún, la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1989 ha encontrado un inmediato eco en la actuación de nuestras Administraciones públicas. En efecto, por Resolución de 20 de junio de 1989 («BOE» del 21) del Instituto Nacional de Administración Pública, se dispone la iniciación del procedimiento para la revisión de oficio de las bases de determinadas Resoluciones administrativas, dictadas por aquel Instituto, de 22 de diciembre de 1988 («BOE» del 30). En aquellas Resoluciones se convocaban pruebas para el acceso a las distintas Subescalas de la Escala de Funcionarios con habilitación de carácter nacional de la Administración local (esto es, Subescala de Secretaría, Subescala

(13) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», en su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 103 (trabajo reproducido asimismo en diferentes lugares, que no es el caso reiterar aquí), así como en *Curso de Derecho Administrativo*, en colaboración con T. R. FERNÁNDEZ, tomo I, 4.ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 1984, p. 132.

de Secretaría-Intervención y Subescala de Intervención-Tesorería), en aplicación de la Resolución de la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas de 12 de diciembre de 1987, que, a su vez, desarrollaba las previsiones del Real Decreto regulador del régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, de 18 de septiembre de 1987, Real Decreto al que hicimos alusión páginas atrás.

Pues bien, en la medida que las diferentes convocatorias, y a fin de normalizar la situación del personal no permanente, habían previsto un sistema idéntico al contemplado por la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1989, esto es, valoración, en la fase de concurso, como único mérito de los servicios prestados por interinos y contratados administrativos, y de aplicación con carácter consuntivo de los puntos así obtenidos para superar cada uno de los ejercicios de la fase de oposición, en la medida, repito, que este procedimiento de selección ha merecido la tacha de inconstitucionalidad, por vulneración de los artículos 14 y 23,2 del texto constitucional, en la sentencia tantas veces citada, el Instituto Nacional de Administración Pública ha dispuesto la incoación del procedimiento revisor, en los términos del artículo 110.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo (esto es, en virtud de la identificación entre la «manifiesta ilegalidad» que, como presupuesto normativo, contempla este precepto y el vicio de inconstitucionalidad puesto de relieve en la sentencia constitucional comentada), de las bases de las oportunas convocatorias en que se contenía semejante previsión, disponiendo, de modo idéntico, la suspensión de las resoluciones administrativas habilitadoras de la actuación de los distintos Tribunales seleccionadores y la paralización de los diferentes procedimientos de selección, actualmente en curso de realización, debiendo los citados Tribunales abstenerse de «comenzar cualquier ejercicio nuevo o realizar toda otra actuación de prosecución de las pruebas» (punto segundo de la Resolución de 20 de junio de 1989). La suspensión ordenada por la precitada Resolución y consiguiente paralización de las pruebas selectivas se justifica, en la motivación que antecede a la misma, en la necesidad de «evitar posibles perjuicios al interés general», cuales los que se derivarían de la eventual contradicción de la decisión finalmente adoptada como resolución del procedimiento de revisión de oficio ahora iniciado con el resultado definitivo de los diferentes procedimientos selectivos en curso. La citada suspensión (que, por cierto, constituye un magnífico ejemplo académico) se dispone por aplicación analógica de lo previsto en el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo, esto es, la suspensión de la eficacia de un acto recurrido en vía administrativa,

por cuanto la ley procedimental no contempla expresamente la hipótesis de la suspensión con ocasión de la iniciación y tramitación de un procedimiento revocatorio (arts. 109 y 110 LPA). Muy pocos supuestos registra nuestra práctica administrativa de suspensión de la eficacia de un acto administrativo (aquí, en realidad, de un procedimiento administrativo de selección del personal al servicio de la Administración pública, por cuanto no habiendo concluido las pruebas selectivas aún no ha recaído resolución definitiva) con ocasión de un procedimiento revocatorio. Quizá el más conocido lo constituya el resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1964 (Sala Tercera. Ponente: Don Dionisio Bombín Nieto. Arz.: 655), referido al famoso caso de la exportación del cuadro de Rubens representando el retrato ecuestre del Duque de Lerma (14).

En cualquier caso, y como elemental garantía de los interesados, la Resolución de 20 de junio de 1989 dispone el emplazamiento de aquéllos, sin perjuicio de la práctica de la necesaria notificación individual, a fin de que puedan comparecer en el procedimiento de revisión de oficio a efectos de la formulación de alegaciones (interesados que, obviamente, son todos aquellos que intervinieron en el desarrollo de las pruebas que conforman el procedimiento selectivo), trámite de alegaciones que, como es indudable, no

(14) Quizá convenga sintetizar, siquiera ello nos aleje brevemente de nuestro objeto inicial, los hechos que dieron lugar al pronunciamiento del Tribunal Supremo para así comprender mejor el contexto en que se sitúa este antecedente de la Resolución de 20 de junio de 1989, en el punto que ahora nos interesa.

El 5 de noviembre de 1959 la Comunidad del Convento de Capuchinos de Jesús de Medinaceli solicitó permiso para exportar un cuadro de Rubens que representaba el retrato ecuestre del duque de Lerma, cuadro valorado en 10 millones de pesetas. Por Orden ministerial de 13 de mayo de 1961 se declaró que el cuadro era susceptible de ser exportado, disponiéndose a estos últimos efectos la celebración de la subasta pública notarial, una vez cumplimentada por la citada Comunidad la documentación requerida, a que se refería el artículo 4.º del Decreto de 2 de junio de 1960, regulador de la exportación de obras de arte. Por su parte, la Dirección General de Bellas Artes manifestó que no existía inconveniente al anuncio de la subasta, no obstante lo cual, y una vez determinados ciertos hechos que concernían a la historia del cuadro en cuestión, el ministro de Educación Nacional, por Resolución de 9 de abril de 1962, dispuso que se oyera el dictamen del Consejo de Estado, al haberse constatado la vulneración del procedimiento que regulaba la exportación de obras de arte en poder de instituciones religiosas, y que entre tanto se suspendiera la ejecución de la Orden de 13 de mayo de 1961 autorizatoria de la indicada exportación. El Consejo de Estado dictaminó que procedía la anulación de la Orden últimamente citada y que se repusiera el expediente al momento de la intervención de la Comisión Especial creada para cuando se intentase la exportación de obras artísticas de la Iglesia, Comisión prevista en el artículo XXI del Concordato celebrado entre la Santa Sede y el Estado español el 27 de agosto de 1953. Finalmente, por Orden de 12 de septiembre de 1962 se procedió a anular la de 13 de mayo de 1961, disponiéndose la remisión del expediente originario a la Comisión Diocesana del Obispado de Madrid para informe, Orden confirmada en su legalidad por la repetida sentencia del Supremo de 21 de febrero de 1964, sentencia comentada, si bien desde la óptica de la protección del patrimonio histórico-artístico, por Vega ESTELLA IZQUIERDO, «El patrimonio histórico-artístico en la jurisprudencia», *Revista de Administración Pública* núm. 76 (1975), pp. 133 y ss., en concreto, p. 178, perspectiva que, como es claro, no es aquí la considerada.

excluye en modo alguno el posterior de audiencia y vista del expediente (art. 91 LPA), tal y como de modo reiterado tiene establecido el Consejo de Estado (15).

Finalmente, y por lo que a este concreto supuesto se refiere, parece que la decisión que definitivamente se adopte como resolución del procedimiento revocatorio, habrá de atenerse a los términos del fallo de la sentencia constitucional de 18 de abril de 1989 en el sentido de pronunciarse por la conservación de aquellos actos que no se han visto condicionados en el transcurso de las pruebas selectivas por los extremos concretos de las respectivas convocatorias ahora anulados por el Tribunal Constitucional en supuesto similar, esto es, habrá de disponer la no afectación de la disposición singular de aquellos participantes en el procedimiento de selección que, bien por no haber precisado de la aplicación de tal mecanismo, bien por tratarse de opositores que no dispusieron de puntos por la fase de concurso (los no interinos ni contratados), no se encuentran afectados por la tacha de inconstitucionalidad detectada por el Tribunal Constitucional, habiendo de retrotraerse, en consecuencia, las actuaciones al momento en que, por aplicación del carácter consuntivo de los puntos de la fase de concurso a la de oposición, se produjo la vulneración del principio constitucional de acceso a las funciones públicas de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, solución ésta que no obstante poder ser objetada desde la vertiente de la consideración unitaria del procedimiento selectivo, como ya señalamos, es, sin embargo, la más coherente con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

Mayor complejidad reviste el examen de las situaciones consolidadas (firmes) producidas al amparo de la convocatoria y resolución de procedimientos de selección en que se haya aplicado (en cualesquiera Administraciones, estatal, local o autonómica) un mecanismo idéntico al aquí contemplado, esto es, procedimientos selectivos basados en la técnica del concurso-oposición en los cuales se haya procedido a la valoración (con la extensión y alcance aquí referidos) de los servicios prestados por interinos y contratados, en el supuesto de que alguna de las personas beneficiadas por la concreta ponderación de la antigüedad hayan accedido finalmente a la condición de funcionario, en detrimento de otros concursantes no favorecidos por la valoración efectuada en la fase de concurso. En la medida que los vicios de constitucionalidad

(15) Así, dictámenes de 13 de julio de 1966 y 30 de abril de 1968, citados por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, t. I, cit., pp. 608. Asimismo, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1977, pp. 660 y 684.

podieran conceptuarse como constitutivos de nulidad radical o de pleno derecho no sería en absoluto impensable la eventual aplicación de la acción de nulidad que como modalidad del procedimiento revocatorio prevé al artículo 109 LPA, con las consecuencias que de la aplicación de tal precepto se derivan y que son suficientemente conocidas en el ámbito de la doctrina jurídico-administrativa (16). De modo idéntico, y aun sin incidir en el terreno de las nulidades absolutas, terreno siempre lábil y resbaladizo, puede aventurarse la hipótesis de la viabilidad del mecanismo revisor del artículo 110 LPA, en cualquiera de sus dos modalidades (la «manifiesta ilegalidad», aquí identificada con la tacha de inconstitucionalidad, del párrafo 2.º de este precepto, como vimos hacía la Resolución arriba citada de 20 de junio de 1989, o la mera ilegalidad de su primer apartado). En cualquiera de ambos supuestos, parece claro que de admitirse la eficacia de la sentencia del Tribunal Constitucional a situaciones fenecidas por aplicación de la doctrina de la firmeza administrativa o jurisdiccional, el único pronunciamiento coherente habría de conducir a la revocación de aquellos actos administrativos resultado de la tramitación y resolución de unas convocatorias idénticas a la ahora anulada por el Tribunal Constitucional. Con todo, en mi opinión, ésta no debe ser la solución más adecuada, sino que por aplicación analógica del artículo 40.1 LOTC, relativo a la eficacia de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de normas con fuerza de ley, parece que los efectos de una sentencia como la presente, recaída en un proceso constitucional de amparo, «no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada», que es tanto como decir situaciones administrativas firmes por no haber sido impugnadas o haber recaído pronunciamiento judicial confirmatorio de las mismas. De este modo, la doctrina del «acto firme» se erige como límite inexcusable de la eficacia de las

(16) Por la nulidad radical, absoluta o de pleno derecho de los actos que supongan violación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución (en nuestro caso, el de igualdad y acceso a las funciones públicas de acuerdo con los principios de mérito y capacidad) se pronuncian, con cita de las sentencias del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1981 y 30 de junio de 1982, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, t. I, cit., p. 579, justamente por el papel cardinal que ocupan en el sistema institucional diseñado por la Constitución española.

El dato es, sin duda, trascendente, pues, entre otras razones, así como es de esencia al procedimiento revocatorio del artículo 109 LPA, la iniciación de oficio o a instancia de parte (acción de nulidad *stricto sensu*), la revisión de oficio *ex* artículo 110.2 LPA (manifiesta ilegalidad del acto) sólo puede incoarse de oficio, no a instancia de parte. Así, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, cit., p. 684.

Sobre la acción de nulidad, por todos, el definitivo libro de J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, prólogo de F. GARRIDO FALLA, IEA, Madrid, 1972, en concreto, pp. 392 y ss., así como el sugerente comentario jurisprudencial de T. R. FERNÁNDEZ, «La acción de nulidad en la jurisprudencia», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 4 (1975), pp. 96 y ss.

sentencias de amparo respecto de hecho y situaciones cuyo origen ha de situarse en un momento anterior al que ha dado lugar a la resolución del Tribunal Constitucional. Si los efectos de una sentencia constitucional declaratoria de la inconstitucionalidad de una ley o norma dotada de fuerza de ley ha inducido recientemente una interesante polémica a propósito de la eficacia «prospectiva» o «retroactiva» de las sentencias estimatorias de los procedimientos de inconstitucionalidad (17), cuestión que supone la cifra de nuestro sistema de justicia constitucional, no parece que en relación con las sentencias que se constriñen al amparo individual pueda aventurarse siquiera una eficacia «retroactiva» de su pronunciamiento. Un elemental principio de seguridad jurídica no puede dejar de imponer, según creo, otra solución sino la apuntada (18).

(17) Me estoy refiriendo, como probablemente se habrá advertido, a la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989, de 20 de febrero, que ha declarado la inconstitucionalidad del sistema de liquidación conjunta del Impuesto sobre la Renta de la «unidad familiar» matrimonial, sentencia que claramente ha dejado establecido el principio del valor prospectivo (para el futuro) de las sentencias constitucionales declaratorias de la ineficacia de las leyes inconstitucionales. Un agudo comentario a esta sentencia y sus implicaciones para nuestro sistema de justicia constitucional, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 61 (1989), pp. 5 y ss.

(18) Un cierto paralelismo en relación con la preconizada no retroactividad de los efectos de una sentencia constitucional estimatoria del amparo puede localizarse en el artículo 120.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, respecto de la subsistencia de los actos firmes dictados durante la vigencia de un Reglamento luego anulado, declaración que incluso la doctrina ha extendido a los actos no firmes. En este sentido han de citarse dos trabajos monográficos que contienen un análisis exhaustivo de la cuestión en nuestra doctrina y jurisprudencia. Así, los de Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, «Nulidad de Reglamentos y actos dictados durante su vigencia», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 14 (1977), pp. 387 y ss., y Agustín E. DE ASÍS ROIG, «La conservación de actos no firmes dictados en ejecución de una disposición general declarada nula», en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 59 (1988), pp. 455 y ss.

