



**TESIS DOCTORAL**

**2015**

**“IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO A LA  
FUNCIÓN PÚBLICA DOCENTE NO UNIVERSITARIA”**

**Javier Sánchez Piquero**

**Licenciado en Derecho**

**Universidad Nacional de Educación a Distancia**

**Departamento de Derecho Político**

**Facultad de Derecho**

**Directora: María Salvador Martínez**

**TESIS DOCTORAL**

**“IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO A LA  
FUNCIÓN PÚBLICA DOCENTE NO UNIVERSITARIA”**

**Javier Sánchez Piquero**

**Licenciado en Derecho**

**Universidad Nacional de Educación a Distancia**

**Departamento de Derecho Político**

**Facultad de Derecho**

**Directora: María Salvador Martínez**

*Ya no hay nobleza, ni pares, ni distinciones hereditarias (...);  
ya no existe más superioridad que la de los funcionarios públicos en el ejercicio  
de sus funciones. Ya no hay venalidad, ni adquisición por herencia de ningún  
oficio público.*

(Preámbulo de la Constitución Francesa de 1791)

# **Sumario**

## **Índice**

## **Abreviaturas**

## **Introducción**

### **PRIMERA PARTE. IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**

I. El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas

II. Los principios constitucionales de mérito y capacidad

### **SEGUNDA PARTE. IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA DOCENTE NO UNIVERSITARIA**

I. La regulación del acceso a la función docente no universitaria

II. Análisis del acceso a la función docente no universitaria a la luz de los principios de igualdad, mérito y capacidad

III. Los sistemas excepcionales de acceso a la función pública docente no universitaria

## **Conclusiones**

## **Anexo jurisprudencial**

## **Bibliografía**

# Índice

<b>Abreviaturas</b> .....	15
<b>Introducción</b> .....	17

## ***PRIMERA PARTE***

### **IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**

#### **CAPÍTULO I. EL DERECHO FUNDAMENTAL A ACCEDER EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LAS FUNCIONES PÚBLICAS**

<b>1. Origen y fundamento del derecho</b> .....	23
1.1 Fundamento del derecho.....	23
1.1.1. Igualdad de oportunidades para participar en responsabilidades públicas.....	24
1.1.2. Garantía de imparcialidad y eficacia de la Administración.....	25
1.2. Origen y evolución del reconocimiento del derecho.....	27
1.2.1. El primer reconocimiento del derecho.....	28
1.2.2. La generalización del reconocimiento del derecho.....	30
1.2.2.1. En las declaraciones internacionales de derechos.....	30
1.2.2.2. En las Constituciones europeas y americanas.....	32
1.2.2.3. En las Constituciones históricas españolas.....	34

<b>2. El derecho a la igualdad en el acceso a la función pública en la Constitución española.....</b>	<b>37</b>
2.1. El reconocimiento del derecho en el artículo 23.2 CE.....	38
2.1.1. Los debates constituyentes sobre el artículo 23.2 CE.....	38
2.1.2. El contenido del artículo 23.2 CE.....	39
2.1.2.1. El derecho de igualdad en el acceso a los cargos públicos representativos.....	39
2.1.2.2. El derecho a la igualdad en el acceso a la Función pública profesional.....	41
2.2. El derecho a la igualdad en el acceso a la función pública como derecho de igualdad.....	45
2.2.1. El derecho a la igualdad en la Constitución Española.....	46
2.2.1.1. Igualdad en la ley.....	48
2.2.1.2. Igualdad en la aplicación de la ley.....	54
2.2.1.2.1. Igualdad en la aplicación de la ley por la Administración pública.....	54
2.2.1.2.2. Igualdad en la aplicación de la ley por los jueces y tribunales.....	55
2.2.1.3. Prohibiciones expresas de discriminación del art. 14 CE.....	56
2.2.2. La igualdad como principio.....	58
2.2.2.1. Igualdad formal.....	58
2.2.2.2. Igualdad material.....	59
2.3. El derecho a la igualdad en el acceso a la función pública en el sistema europeo de derechos.....	60
2.3.1. Ausencia del derecho en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	61
2.3.2. La libertad de circulación de trabajadores como soporte del derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública en el seno de la Unión Europea.....	62
<b>3. Naturaleza del derecho.....</b>	<b>64</b>
3.1. El derecho subjetivo a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas.....	65

3.1.1	Derecho de participación.....	65
3.1.2	Derecho no sustantivo de carácter reaccional.....	67
3.1.3	Derecho de configuración legal.....	70
3.2	El contenido objetivo del derecho fundamental.....	74
<b>4.</b>	<b>Titulares.....</b>	<b>76</b>
4.1	El binomio ciudadanos/españoles como titulares del derecho.....	76
4.2	El problema de los ciudadanos extranjeros como titulares del derecho.....	80
4.3	El acceso a la función pública de nacionales de otros Estados.....	83
<b>5.</b>	<b>Contenido.....</b>	<b>84</b>
5.1	Sobre el contenido esencial del derecho y su configuración legal.....	84
5.2	El ámbito protegido por el derecho.....	87
5.2.1	El concepto de funciones públicas en el art. 23.2 CE.....	87
5.2.1.1	La función pública desde un criterio material.....	88
5.2.1.2	La función pública desde un criterio orgánico.....	89
5.2.2	El concepto de acceso.....	91
5.2.2.1	La permanencia o inamovilidad.....	92
5.2.2.2	La promoción profesional.....	94
5.3	Facultades que integran el derecho.....	96
5.3.1	Derecho a la igualdad de condiciones en la ley.....	97
5.3.1.1	La predeterminación normativa de los requisitos y condiciones de acceso.....	97
5.3.1.1.1	Derecho a la intervención previa del legislador.....	98
5.3.1.1.2	Alcance de la reserva de ley.....	99
5.3.1.2	Derecho al carácter general y abstracto de las normas.....	103
5.3.1.2.1	Prohibición de referencias individualizadas y concretas.....	103
5.3.1.2.2	Requisitos y condiciones formulados en sentido negativo o excluyente.....	105
5.3.1.3	Derecho a que los requisitos y condiciones de acceso estén referidos a los principios de mérito y capacidad.....	106

5.3.2 Derecho a la igualdad en la aplicación de las normas reguladoras del acceso.....	110
5.3.2.1 La interpretación restrictiva del Tribunal Constitucional.....	111
5.3.2.2 El peligro real de vaciamiento del derecho.....	115
<b>6. Garantías del derecho.....</b>	<b>116</b>
6.1 Requisitos del procedimiento de selección como garantía del Derecho.....	116
6.1.1 Publicidad de las convocatorias y sus bases.....	117
6.1.2 Transparencia en el proceso de selección.....	119
6.1.3 Imparcialidad de los miembros de los órganos de Selección.....	120
6.1.4 La independencia en la actuación de los órganos de Selección.....	121
6.2 Las garantías jurisdiccionales del derecho.....	122
6.2.1 Frente a la desigualdad de condiciones en la ley.....	122
6.2.2 Frente a la desigualdad en la aplicación de las normas reguladoras del acceso.....	124
6.2.2.1 La discrecionalidad técnica de los órganos de selección.....	124
6.2.2.2 El problema del control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica.....	126

## **CAPÍTULO II. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE MÉRITO Y CAPACIDAD**

<b>1. Origen y evolución histórica de los principios de mérito y capacidad.....</b>	<b>132</b>
1.1. Los principios de mérito y capacidad y la función pública moderna.....	133
1.1.1 Sistema de mérito frente a sistema de confianza política...133	
1.1.2 Los fundamentos del sistema de mérito en la función pública moderna.....	135



1.2. Mérito y capacidad en el constitucionalismo español.....	136
1.2.1 El sistema de mérito en España con anterioridad a la Constitución de 1978.....	136
1.2.2 El sistema de mérito en la Constitución de 1978.....	140
<b>2. El problema de la delimitación conceptual del mérito y la capacidad.....</b>	<b>142</b>
2.1 Las diferentes posturas doctrinales.....	143
2.1.1 La consideración conjunta de ambos principios.....	143
2.1.2 Vinculación con los sistemas de selección: capacidad y oposición, mérito y concurso.....	144
2.1.3 La capacidad como requisitos de acceso; el mérito como aptitud para el desempeño de un puesto.....	147
2.2. Significado y alcance de los principios de mérito y la capacidad	148
2.2.1 Capacidad: aptitud necesaria para el buen desempeño una determinada función pública.....	148
2.2.2 Mérito: la elección del candidato más idóneo.....	148
2.2.3 La relación entre ambos principios.....	149
2.2.4 Los principios de mérito y capacidad y su articulación en los diferentes sistemas selectivos.....	150
<b>3. Las exigencias derivadas de los principios de mérito y Capacidad.....</b>	<b>152</b>
3.1 Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.....	153
3.1.1 Prohibición de requisitos y condiciones basados en circunstancias personales o sociales.....	154
3.1.2. La prohibición de la mera discrecionalidad como criterio de selección.....	156
3.2 La celebración de sistemas competitivos de acceso.....	158
3.3 La profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.....	160
3.4 Los principios de mérito y capacidad en la provisión de puestos de trabajo.....	162

**SEGUNDA PARTE**  
**IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN**  
**PÚBLICA DOCENTE NO UNIVERSITARIA**

**CAPÍTULO I. LA REGULACIÓN DEL ACCESO A LA FUNCIÓN**  
**DOCENTE NO UNIVERSITARIA**

<b>1. El sistema educativo español y la función pública docente.....</b>	<b>168</b>
1.1 El modelo de sistema educativo.....	168
1.2 La organización de la educación en España.....	168
1.2.1 Etapas y niveles educativos.....	174
1.2.2 Cuerpos docentes.....	176
1.2.3 Especialidades docentes.....	177
<b>2. La distribución de competencias en el acceso a la</b>	
<b>función pública docente.....</b>	<b>178</b>
<b>3. Las normas que regulan el acceso a la función pública</b>	
<b>Docente.....</b>	<b>182</b>
3.1 Legislación estatal.....	182
3.2 Legislación autonómica.....	184
3.3 Normas reglamentarias.....	185
3.4 Convocatoria y bases del proceso selectivo.....	187
<b>4. Evolución histórica de la regulación del acceso a la función</b>	
<b>docente en España.....</b>	<b>188</b>
4.1 El acceso a la función docente con la LGE de 1970.....	188
4.2 La regulación del sistema selectivo en la LOGSE.....	190
4.3 El continuismo en la LOCE.....	191
4.4 La LOE y los sistemas excepcionales de acceso.....	192
<b>5. Elementos definitorios del procedimiento selectivo de acceso</b>	
<b>a la función pública docente.....</b>	<b>194</b>
5.1 Requisitos de los participantes.....	195

5.2 Los órganos de selección.....	197
5.3 La fase de oposición.....	199
5.4 La fase de concurso.....	201
5.5 La calificación de las distintas fases.....	202
5.6 La fase de prácticas.....	202

## **CAPÍTULO II. ANÁLISIS DEL ACCESO A LA FUNCIÓN DOCENTE NO UNIVERSITARIA A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD**

<b>1. Los requisitos de acceso a las pruebas selectivas.....</b>	<b>205</b>
1.1 La titulación como requisito de capacidad en el acceso a la función pública docente.....	207
1.1.1 La titulación como requisito general de acceso a la función pública.....	208
1.1.2 El principio de especialidad y la discrecionalidad de la Administración en la determinación de las titulaciones de acceso a la función docente.....	211
1.1.3 Excepcionalidades en materia de titulación para el acceso a la función docente.....	214
1.2 El conocimiento de la lengua autonómica.....	219
1.2.1 La exigencia de conocimiento de la lengua autonómica en el acceso a la función docente en las distintas Comunidades autónomas.....	220
1.2.2 La exigencia del conocimiento de la lengua autonómica a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional.....	222
1.2.3 La adecuación al principio constitucional de capacidad en el acceso a la función docente: razonabilidad y proporcionalidad.....	227
<b>2. Los méritos en la fase de concurso.....</b>	<b>230</b>
<b>3. Los órganos selectivos en el acceso a la función pública Docente.....</b>	<b>233</b>
3.1 Garantías de la imparcialidad e independencia de los Tribunales.....	233

3.2 La discrecionalidad técnica de los tribunales en acceso a la función pública docente.....	237
3.3 Presencia de órganos administrativos en la valoración de los méritos.....	239

<b>4. La fase de prácticas y su irrelevancia en el proceso selectivo.....</b>	<b>241</b>
---	------------

### **CAPÍTULO III. LOS SISTEMAS EXCEPCIONALES DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA DOCENTE NO UNIVERSITARIA**

<b>1. Los sistemas excepcionales de acceso a la función pública.....</b>	<b>245</b>
1.1 En el ámbito de la Administración General del Estado.....	246
1.1.1. Sistemas excepcionales de acceso a la función pública a la entrada en vigor de la Constitución Española.....	246
1.1.2 La reforma de la Función Pública y la creación de las nuevas Administraciones autonómicas.....	247
1.1.3 Sistemas excepcionales de acceso en el Estatuto Básico del Empleado Público.....	249
1.2 En el ámbito del sistema educativo.....	250
1.2.1 Las oposiciones restringidas para el acceso a la función docente.....	250
1.2.2 La LOGSE y la normalización de los funcionarios interinos.....	252
1.2.3 La reducción de los funcionarios interinos en la LOE.....	254
<b>2. Las pruebas restringidas.....</b>	<b>255</b>
2.1 El concepto de pruebas restringidas.....	255
2.2 La doctrina del Tribunal Constitucional.....	259
2.2.1 Inconstitucionalidad de las pruebas restringidas como regla general.....	260
2.2.2 Admisión de las pruebas restringidas en situaciones excepcionales.....	261
2.3 Las pruebas de selección restringidas en el ámbito docente.....	268

2.4 Excepcionalidad y transitoriedad en las pruebas restringidas docentes.....	269
<b>3 Procesos de funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas.....</b>	<b>271</b>
3.1 Régimen normativo de los procesos de funcionarización.....	274
3.2 La funcionarización en el ámbito de la enseñanza no universitaria.....	274
3.3 Naturaleza jurídica de la funcionarización.....	277
3.4 Igualdad, mérito y capacidad en los procesos de funcionarización.....	280
3.4.1 Excepcionalidad y finalidad constitucionalmente legítima .....	280
3.4.2 La funcionarización como proceso selectivo <i>ad personam</i> .....	283
3.4.3 El ámbito subjetivo de la funcionarización y su vinculación con los principios de mérito y capacidad.....	285
<b>4. Sistemas de acceso directo.....</b>	<b>287</b>
<b>5. La valoración de la antigüedad en los sistemas de concurso-oposición.....</b>	<b>292</b>
5.1 La antigüedad como mérito.....	292
5.2 La valoración de los servicios prestados.....	294
5.3 La valoración de los servicios prestados en la fase de oposición: el sistema de mochila.....	296
<b>6. El sistema excepcional de acceso de la Ley 1/1990 Orgánica General del Sistema Educativo.....</b>	<b>297</b>
6.1 Excepcionalidad y transitoriedad.....	298
6.2 Devaluación del principio constitucional de capacidad mediante la desnaturalización de la fase de oposición.....	300
<b>7. El sistema excepcional de acceso de la Ley Orgánica 2/2006 de Educación.....</b>	<b>307</b>
7.1 La excepcionalidad en el sistema transitorio LOE.....	307

7.2 Devaluación de la fase de oposición en el sistema transitorio de la LOE.....	309
7.3. Exención de prueba selectiva a los funcionarios interinos: vulneración del derecho a la igualdad.....	312
<b>8. El acceso y permanencia en la función pública interina docente.....</b>	<b>320</b>
8.1 Marco normativo general.....	320
8.2 El recurrente problema de la acumulación de grandes bolsas de funcionarios interinos.....	322
8.3 Acceso y permanencia de los funcionarios interinos docente.....	323
<b>Conclusiones.....</b>	<b>327</b>
<b>Anexo jurisprudencial.....</b>	<b>350</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>369</b>

## ***ABREVIATURAS***

Art	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
<i>BOE</i>	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
DA	Disposición Adicional
DT	Disposición Transitoria
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
EGB	Educación General Básica
ESO	Enseñanza Secundaria Obligatoria
FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
FP	Formación Profesional
LGE	Ley 17/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa
LMRFP	Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública
LO	Ley Orgánica

LOCE	Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación
LODE	Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación
LOE	Ley 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
LOGSE	Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo
LOMCE	Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa
RD	Real Decreto
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJ	Sentencia del Tribunal de Justicia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TCUE	Tratado Constitutivo de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
VVAA	Varios autores



## **INTRODUCCIÓN**

El objeto de esta tesis doctoral es el análisis del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a la función pública, reconocido en el art. 23 de la Constitución, y sus inseparables principios de mérito y capacidad, reconocidos en el art. 103 del texto constitucional y a los que el citado derecho está indisociablemente unido, proyectando dicho análisis en un ámbito concreto, que es el de la función pública docente no universitaria. Para terminar de precisar cuál es el objeto del trabajo hay que añadir que en él no se incluye el estudio de los procesos de promoción profesional y provisión de puestos de trabajo, que también están amparados por el derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución, ni tampoco las medidas de discriminación positiva hacia determinados colectivos en el acceso a la función pública. En suma, en este trabajo se analizan, exclusivamente, los procesos selectivos para acceder a la condición de funcionario de carrera en un ámbito muy concreto, el de la enseñanza no universitaria.

### I

Desde el punto de vista del interés del tema objeto de estudio, sería ocioso destacar en estas líneas la trascendencia que el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública ha tenido en el desarrollo de los modernos estados democráticos de derecho. El profesor SÁNCHEZ

MORÓN lo ha calificado como “uno de los pilares sobre los que se asienta el Estado de Derecho en todos los regímenes democráticos”, pues recoge, no sólo un derecho subjetivo fundamental a la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública, sino también un principio que ha de guiar con letras de oro el funcionamiento de todo estado social y democrático de derecho.<sup>1</sup>

Como señala nuestra Constitución, “la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales”, y ello no es posible sin un funcionariado profesional, seleccionado conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, que asegure los fines del Estado social y democrático de derecho, con independencia de los vaivenes en la definición y desarrollo de políticas públicas propios de los sistemas democráticos.

Prueba de lo anterior es la inclusión del derecho a la igualdad en el acceso a la función pública en el catálogo de derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, lo que implica dotarle de un conjunto de mecanismos especiales de tutela jurídica, entre los que destaca la posibilidad de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional.

No obstante, han sido muchas las voces cualificadas que, a lo largo de estos años de vigencia de nuestra Carta Magna, han advertido de los peligros que permanentemente acechan a la efectividad de este derecho fundamental, hasta el punto de considerar que la tarea de hacer real y efectivo este derecho es todavía una “asignatura pendiente para nuestra democracia”.<sup>2</sup>

Pues bien, este trabajo pretende llevar a cabo el análisis de este derecho fundamental desde el punto de vista constitucional, es decir, un estudio realizado desde la teoría de los derechos fundamentales, comprensivo de su origen y fundamento, de la titularidad del mismo, de

---

<sup>1</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN, en VV.AA. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Vol. II, (O. ALZAGA VILLAAMIL Dir.), Madrid: Edersa, 1997, pág. 667.

<sup>2</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN, “Igualdad, mérito y capacidad en el empleo público”, en VV.AA., *El principio de igualdad*, Madrid: Dykinson 2000, pág. 147.

su contenido y sus límites, incidiendo especialmente en las obligaciones que del derecho derivan para los poderes públicos, y en el que incluye el análisis de los principios de mérito y capacidad, que, como se verá, se han incorporado al contenido esencial de este derecho fundamental.

En este sentido, cabe destacar que la doctrina que más atención ha dedicado al análisis de este derecho ha sido la administrativista, mientras que los constitucionalistas, al analizar el art. 23 de la Constitución, se han centrado más en el estudio del derecho a la igualdad de condiciones en el acceso a cargos públicos que en el acceso a la función pública. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha contribuido decisivamente a configurar el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública con una jurisprudencia que ha intentado poner límites a sistemas de acceso poco rigurosos y prácticas viciosas. No obstante, hay que tener en cuenta la gran dificultad del control jurisdiccional de estos procesos selectivos en los que el legislador tiene un amplio margen de libertad para delimitar los requisitos y condiciones de acceso, en ocasiones, ocultando la intención de favorecer a una determinada persona o a un colectivo concreto.

## II

Pero el análisis de este derecho va más allá de su estudio teórico en el plano estrictamente constitucional y pretende proyectar el análisis del mismo en una función pública determinada: la función docente no universitaria.

No debo ocultar que el primer motivo para elegir esta función pública específica es de carácter personal, ya que mi actividad profesional se desarrolla en ese ámbito y en él he desempeñado responsabilidades que me han permitido conocer de primera mano los problemas reales de los procesos selectivos de acceso a la función pública docente no universitaria.

Además de lo anterior, existe también una razón objetiva. No podemos desconocer la gran importancia que el sistema educativo tiene para el desarrollo y modernización de cualquier país. En España la mayor parte de la enseñanza primaria y secundaria descansa en un sistema público integrado por miles de funcionarios, que son los encargados de la trascendental tarea de instruir y educar a los futuros ciudadanos. En la actualidad hay más de 400.000 funcionarios en el ámbito docente no universitario, y todos los años se convocan nuevos procesos selectivos para ingresar en los distintos cuerpos de la función pública docente.

No es por ello superfluo resaltar la importancia que para este país tiene que los procesos de selección en este ámbito concreto se hagan con un escrupuloso respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, pues de ello no sólo depende la calidad y eficacia de una educación cada vez más trascendental en el devenir de este país, sino los derechos y esperanzas de miles de personas que aspiran a ingresar en la función pública docente.

Pues bien, no son pocos los casos en los que se ha puesto en duda, y se ha constatado, que muchos procesos selectivos de acceso a la función pública docente no universitaria se han realizado sin el debido respeto al derecho fundamental a la igualdad de condiciones en el acceso, y a los principios de mérito y capacidad. Como luego se verá, la historia de los procesos selectivos de acceso a la función docente nos proporciona numerosos ejemplos de sistemas excepcionales de acceso que han llevado hasta el límite de lo tolerable los citados principios de igualdad, mérito y capacidad.

### III

De acuerdo con lo anterior, el trabajo se estructura en dos partes. La primera está dedicada a la igualdad, mérito y capacidad en la

Constitución Española, analizado, por un lado, el derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 de la Constitución y, por otro, los principios de mérito y capacidad que han de presidir los procesos de acceso a la función pública, de acuerdo con el art. 103.3 del texto constitucional.

La segunda parte está dedicada a la igualdad, mérito y capacidad en un ámbito específico, el acceso a la función pública docente no universitaria. Para ello, en el primer capítulo, se examina el sistema educativo español, las normas que regulan el acceso a la función pública docente y su evolución a lo largo de los años, así como los distintos elementos que conforman los procedimientos selectivos de acceso. En un segundo capítulo se analizan, bajo el prisma de los principios de igualdad, mérito y capacidad, los elementos definitorios del acceso a la función pública docente. Especial trascendencia tiene el estudio de los requisitos de acceso a las pruebas selectivas, los méritos que se valoran en la fase de concurso, la fase de prácticas y la participación de los órganos de selección en todo el proceso selectivo. Por último, el tercer y último capítulo se dedica a los sistemas excepcionales de acceso a la función pública docente. Son numerosos los sistemas excepcionales de carácter transitorio que han ido jalonando hasta nuestros días la historia del acceso a la función pública docente. Son, pues, objeto de estudio las pruebas restringidas, los procesos de funcionarización, los sistemas de acceso directo, la sobrevaloración de la antigüedad como mérito, la devaluación de la fase de oposición y otros mecanismos que han tenido como objetivo, en muchos casos, la consolidación de grandes bolsas de funcionarios interinos que se generan cíclicamente en el ámbito docente no universitario. El problema de la creación de bolsas de funcionarios interinos, transcurridos ya casi cuarenta años desde la aprobación de la Constitución, permanece sin resolver; aparecen de manera recurrente en nuestros sistemas de acceso a la función pública, sin que hayamos sido capaces de darles una solución definitiva.

***PRIMERA PARTE***

**IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD EN LA  
CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**

**CAPÍTULO I**  
**EL DERECHO FUNDAMENTAL A ACCEDER EN**  
**CONDICIONES DE IGUALDAD A LAS FUNCIONES**  
**PÚBLICAS**

**1. ORIGEN Y FUNDAMENTO DEL DERECHO**

El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas tiene su origen en la Revolución Francesa y en la idea de eliminar los privilegios que determinados estamentos gozaban para ocupar cargos y empleos públicos. Se trata, por tanto, de un derecho fuertemente vinculado a Estados libres y democráticos de derecho.

**1.1. Fundamento del derecho**

El fundamento de este derecho fundamental se encuentra en la necesidad de garantizar a todos los ciudadanos la igualdad de oportunidades para acceder a los empleos y cargos públicos, lo que es, a su vez, garantía de imparcialidad y eficacia de los servidores públicos. Desde su inicial consagración en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, este derecho ha sido reconocido en las distintas declaraciones internacionales de derechos, así como en numerosas constituciones europeas y americanas.

### **1.1.1. Igualdad de oportunidades para participar en responsabilidades públicas**

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas surge en un contexto histórico determinado, caracterizado por el nacimiento de una nueva conciencia en importantes capas de la población acerca de la necesidad de abolir los privilegios del Antiguo Régimen, instaurando un nuevo orden basado en la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos.

El origen, pues, del reconocimiento del derecho se encuentra en el intento de eliminar los privilegios que, especialmente, el clero y la aristocracia gozaban durante el Antiguo Régimen, en concreto en el acceso a numerosos empleos públicos que monopolizaban, y para los que estaba vedado el ingreso al resto de los súbditos. El acceso por herencia o por compra de los empleos y cargos públicos fue tan generalizado, que generó una enorme frustración social en importantes capas ilustradas de la sociedad, hecho éste que algunos autores consideran como una de las causas indirectas más importantes de la Revolución Francesa.<sup>3</sup>

En consecuencia, la razón primera y más evidente de este derecho fundamental se encuentra en que, en un Estado de Derecho, el acceso a responsabilidades públicas no puede estar reservado a ciertas castas o grupos sociales mediante procesos de selección arbitrarios. La necesidad de garantizar a todos los ciudadanos la igualdad de oportunidades, en un aspecto tan esencial en los modernos Estados Democráticos de Derecho como el desempeño de los empleos públicos, constituye, pues, el fundamento de este derecho fundamental.

---

<sup>3</sup> D. LÓPEZ GARRIDO, en su trabajo “El acceso a la función pública en la Europa de los doce”, *Revista Vasca de Administración Pública* n° 35, 1993, pág. 140, señala, citando a D. Mornet, (*El pensamiento francés en el siglo XVIII: el trasfondo intelectual de la Revolución francesa*, Madrid, Alianza), que el sistema de función pública fue una de las causas indirectas más profundas de la revolución Francesa.



Estamos, por lo tanto, ante una manifestación del genérico derecho a la igualdad y, en este sentido, este derecho se vincula con la dignidad del ser humano en toda sociedad libre y democrática.<sup>4</sup>

Desde esta perspectiva, como ha señalado reiteradamente la doctrina<sup>5</sup>, el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas está íntimamente conectado con los principios estructurales de nuestro Estado. Como subraya el profesor SÁNCHEZ MORÓN<sup>6</sup>, la razón de este precepto es clara, pues un Estado Social y Democrático de Derecho “no puede limitarse a respetar la autonomía privada, sino también ha de garantizar la igualdad de oportunidades”, especialmente en un aspecto tan sensible como la participación en los asuntos públicos a través del ejercicio de las funciones públicas.

### **1.1.2. Garantía de imparcialidad y eficacia de la Administración**

La igualdad en el acceso a la función pública, en conexión con los principios de mérito y capacidad recogidos en el artículo 103.3 de nuestra Constitución, persigue una segunda finalidad vinculada al

---

<sup>4</sup> J.M. BAÑO LEÓN, en “La Igualdad como derecho público subjetivo”, *Revista de Administración Pública* nº 14, 1987 pág. 179 y ss., analiza la naturaleza jurídica del derecho a la igualdad del art.14 de Constitución de 1978, vinculándolo directamente con la dignidad de la persona: “Por encima del acierto o desacierto de la concepción técnica de la igualdad como derecho subjetivo, la Constitución ha realizado una opción ideológica...de que sólo cuando la igualdad se concibe como derecho subjetivo se tiene la posibilidad de situarla entre los derechos inviolables del hombre. Esta perspectiva sitúa a la igualdad (art. 14 CE) en directa concomitancia con el artículo 10 CE, en el que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son propios aparecen como fundamentos del orden político”.

<sup>5</sup> Esta vinculación entre igualdad en el acceso a las funciones públicas y sistema democrático ha sido resaltada por diversos autores. Entre otros L.M. DIEZ PICAZO, *Sistema de derechos Fundamentales*, Madrid: Civitas, 2003, pág. 337; M. SÁNCHEZ MORÓN, “Art. 23.2 El derecho a acceder a funciones y cargos públicos” op. cit., pág. 667; M.L. MOLERO MARAÑÓN, *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pág. 38; M.J. MONTORO CHINER, “Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones”, *Revista de Administración Pública* nº 136, pág. 184; J. FONDEVILA ANTOLIN, *Selección y pérdida de la condición de empleado público*, Barcelona: Atelier, 2008, pág. 107.

<sup>6</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN, “Art. 23.2 CE”, en VV.AA *Comentarios a las leyes políticas: Constitución española de 1978, Vol. II*, Madrid: Edersa, 1984, (O. ALZAGA VILLAAMIL Dir.), pág. 671.

interés general de los ciudadanos y a la garantía de un correcto funcionamiento del Estado de Derecho. Una burocracia profesional reclutada objetivamente conforme a los principios de mérito y capacidad, constituye un aval de la imparcialidad, objetividad y eficacia con la que deben actuar los empleados públicos al servicio del interés general.

Por un lado, la selección mediante criterios de mérito y capacidad persigue reclutar a los candidatos más aptos para cada empleo público, en aras de una mayor eficacia en el funcionamiento de la Administración. El hecho de que las diferentes funciones públicas sean ejercidas por personas competentes y capaces es la mejor garantía del buen funcionamiento de la Administración Pública y, por ende, que el interés general esté debidamente protegido.

Por otro lado, el reconocimiento de un derecho a la igualdad en el acceso a la función pública constituye la mejor salvaguardia de la imparcialidad y objetividad de los servidores públicos al impedir que al acceso a la función pública se realice en base a criterios de arbitrariedad política, sindical o social, ya que ello supondría un condicionante en la actuación de los funcionarios públicos. De esta manera la democracia se previene frente al riesgo de una apropiación de todos los instrumentos del poder por un solo partido político al estilo de los viejos modelos liberales del *spoil system*, en los que se consideraba a la función pública como un botín del partido vencedor<sup>7</sup> Por ello hay que convenir que éste es un principio esencial sobre el que se asientan todos los regímenes democráticos.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> El riesgo para la democracia que supone la existencia de una función pública politizada ha sido advertido por R. PARADA VÁZQUEZ, en “La degeneración del modelo de función pública”, *Revista de Administración Pública* nº 150, 1999, pág. 421. “La burocracia profesional, políticamente neutralizada es, en definitiva, un colchón que amortigua el fragor de la lucha política, una transición inteligente entre dos valores igualmente democráticos: el del sistema electivo y el de la correspondencia de los cargos y funciones con la mayor capacidad y mérito, un reparto de poder entre representantes políticos y aristocracia profesional, que impone la propia supervivencia del sistema democrático.”

<sup>8</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. op. cit. Vol II, pág. 667.

Como establece nuestra Constitución en su artículo 103.1 “La Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.” Ello sólo es posible mediante una función pública profesional, reclutada de acuerdo a los principios de igualdad, mérito y capacidad.<sup>9</sup>

En suma, con este derecho fundamental no sólo se está protegiendo el interés particular del ciudadano en relación al acceso en condiciones de igualdad a la función pública, sino también como señala el profesor ALZAGA, “el derecho de todos los ciudadanos a tener al frente de los negocios públicos personas dedicadas a su labor y suficientemente capaces, ya que de ello dependerá a la postre que el interés general esté debidamente salvaguardado”<sup>10</sup> y, con ello, el correcto funcionamiento del Estado Democrático de Derecho.

## **1.2. Origen y evolución del reconocimiento del derecho**

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas es fruto de un proceso histórico que comienza con la Revolución Francesa, y su inicial reconocimiento en la Declaración

---

<sup>9</sup> Esta vinculación entre el acceso a la función pública según mérito y capacidad y la eficacia e imparcialidad de la Administración Pública ha sido señalada por M. SÁNCHEZ MORÓN, “Igualdad, mérito y capacidad en el empleo público”, en VV.AA, *El Principio de Igualdad*, op. cit., pág. 142: “Pero todavía hay otro factor que debe tenerse en cuenta, vinculado a la posición institucional de la Administración Pública, que es, por imperativo constitucional, una organización destinada a servir los intereses generales o públicos con objetividad, con eficacia, y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 CE). Como tal, la Administración está obligada a nutrirse de una función pública profesional, a la que accedan los mejores candidatos y en la que asciendan para ocupar los puestos de mayor responsabilidad los mejores empleados. Está obligada a contar con una burocracia imparcial, que evite cualquier interferencia partidista o cualquier preferencia o preterición *ad personam* en la aplicación de la ley y de las directrices políticas generales que emanen de los órganos de gobierno. Por eso el artículo 103.3 de la Constitución, que garantiza la existencia de una función pública profesional, sanciona el principio de acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.”

<sup>10</sup> O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentario sistemático a la Constitución Española*, Madrid: Foro, 1978, pág. 236.

Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en París en el año 1948. Este reconocimiento internacional se refleja en su presencia en numerosas Constituciones europeas y americanas, entre las que se encuentra la Constitución Española de 1978.

### **1.2.1. El primer reconocimiento del derecho**

El primer reconocimiento formal de este derecho fundamental lo encontramos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que, en su artículo VI, estableció una fórmula que ha marcado la historia del constitucionalismo moderno:

“La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.”

Dos aspectos es necesario resaltar de esta trascendental declaración, en relación al origen del reconocimiento de este derecho fundamental. Por un lado, hay que destacar que es la primera vez que, junto a la igualdad en el acceso a dignidades y cargos, se contempla el acceso a los empleos públicos, vinculándolos a las virtudes y talentos de quienes accedan.<sup>11</sup> Por otro lado la admisibilidad de todos los

---

<sup>11</sup> Alguna de las declaraciones de derechos de las colonias americanas contemplaron fórmulas previniendo la transmisión hereditaria de cargos, pero refiriéndose a magistrados, legisladores o jueces, nunca a empleados públicos. Así el artículo IV de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776, estableció “que ningún hombre o grupo de hombres tiene derecho a percibir de la comunidad emolumentos o privilegios exclusivos o especiales, sino sólo en consideración a servicios públicos prestados; los cuales, no pudiendo transmitirse, hacen que tampoco sean hereditarios los cargos de magistrado, legislador o juez.”

ciudadanos a los empleos públicos se contempla en el mismo artículo en el que se formulan el principio de legalidad y el principio general de igualdad ante la ley, lo que revela la importancia que los redactores de la declaración de 1789 dieron a este derecho.

Cabe preguntarse, pues, por la razón del reconocimiento del derecho a la igualdad en el acceso a los empleos públicos como un derecho específico y diferenciado del genérico principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos.

La explicación hay que hallarla en un contexto histórico marcado por los conflictos sociales de la Francia del siglo XVIII que dieron lugar a la Revolución Francesa y a la declaración de derechos de 1789. Como ilustra Del Vecchio al explicar las causas de la revolución francesa, “cada uno de aquellos derechos cuyo reconocimiento se pedía, significaba precisamente la suspensión de una serie de abusos que ya se habían hecho intolerables y, por tanto, correspondía a una necesidad concreta y urgente de la nación.”<sup>12</sup> Uno de los privilegios más insoportables era la concesión graciosa por el monarca de los oficios públicos, cuando no la venta o transmisión hereditaria de los mismos, que reflejaba una concepción patrimonialista de los asuntos públicos.

Por eso, como señala RUBIO LLORENTE, la afirmación de que todos los ciudadanos pueden aspirar, en condiciones de igualdad, a todas las funciones y cargos públicos, sin otra diferencia de la que resulta de sus virtudes y talentos, tenía pleno sentido en un momento en que la sociedad burguesa o civil luchaba por imponerse frente a la sociedad estamental y era necesario proscribir toda diferencia basada en el nacimiento para el acceso a los destinos civiles, eclesiásticos y militares.<sup>13</sup> Esa es la misma razón por la que este derecho no fue contemplado en la declaración de derechos de 1791 de la Constitución

---

<sup>12</sup> J. DEL VECCHIO: *Los derechos del hombre*, Madrid: Reus, 1914, pág. 64, citado por J.L. MARTÍN MORENO, en *El derecho fundamental de acceso a la función pública*, Granada: Comares, 2006.

<sup>13</sup> F. RUBIO LLORENTE, “Prólogo” en M. PULIDO QUECEDO *El acceso a los cargos y funciones públicas*, Madrid: Civitas, 1992, pág. 24.

de los Estados Unidos, pues no había necesidad de romper con privilegios precedentes y tales derechos se encontraban en la naturaleza de aquel pacto social.

En suma la razón del reconocimiento del específico derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas la encontramos en el mismo preámbulo de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano cuando afirma “ya no hay más noblezas, ni parias, ni distinciones...ni ninguna otra superioridad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, ya no hay enajenación, ni herencia de ningún oficio público.”

### ***1.2.2. La generalización del reconocimiento del derecho***

Desde su inicial reconocimiento en Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano, este derecho ha sido progresivamente incluido en las diferentes Constituciones históricas europeas y americanas hasta nuestros días. Igualmente ha sido objeto de reconocimiento en distintas Declaraciones Universales y Regionales de Derechos, destacando especialmente su inclusión en Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en París en el año 1948.

#### *1.2.2.1. En las declaraciones internacionales de derechos*

El inicial reconocimiento en la Declaración de Derecho del Hombre y del Ciudadano en 1789 supuso el punto de partida para la expansión de este derecho y su reconocimiento posterior en las distintas declaraciones internacionales de derechos que a lo largo del siglo XX han venido promulgándose.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en París en el año 1948, contempló este derecho al establecer, en su artículo 21.1, que: “Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.”

Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en Nueva York en 1966, ratificado por España en 1977, establece en su artículo 25, que: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en su artículo 2 y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:... c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país.”<sup>14</sup>

Asimismo, el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, está presente en las llamadas declaraciones regionales de derechos. Por ejemplo, la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, aprobada en 1981 en el seno de la Organización para la Unidad Africana, dispuso en su artículo 13.2 que “todos los ciudadanos tienen igualmente derecho a acceder a las funciones públicas de su país”.

En la misma línea, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1989, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, contempló, en su artículo 23.2, bajo la rúbrica “derechos políticos”, el “acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.”

Estas Declaraciones de Derechos, especialmente las dos primeras, han tenido, sin duda, una fuerte influencia en el reconocimiento de este derecho en muchas constituciones europeas y americanas del siglo XX.

---

<sup>14</sup> Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

### 1.2.2.2. *En las constituciones europeas y americanas*

Desde su inicial proclamación en 1789, este derecho fundamental ha sido objeto de un progresivo reconocimiento en las constituciones históricas europeas y americanas.<sup>15</sup> Como ejemplo, la Constitución alemana de 1919 ya proclamaba en su art. 128 que “todos los ciudadanos son admisibles, sin distinción, a los cargos públicos según su capacidad y aptitudes y con arreglo a las leyes. Se derogan todas las disposiciones de excepción relativas a los funcionarios femeninos.”

En la actualidad, numerosas constituciones europeas y americanas consagran en su articulado el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, si bien, en la mayoría de ellas no se contemplan dentro del capítulo dedicado a los Derechos Fundamentales, sino en el apartado dedicado a la Administración Pública.

Así, La Ley Fundamental de Bonn, dentro del título relativo a la ordenación de la Federación y los *Länder*, establece en su artículo 33.2 que: “Todos los alemanes tendrán, según su aptitud, su capacidad y su competencia profesional, igualdad de acceso a cualesquiera cargos públicos.”

Por su parte, la Constitución Italiana dispone, en su artículo 97.3 incluido en el capítulo dedicado a la Administración Pública, que “a los empleos de la Administración Pública se accede mediante oposición, salvo las excepciones establecidas por la Ley.” Además, dentro del título IV dedicado a las relaciones políticas, el artículo 51 establece que: “Todos los ciudadanos, sin distinción de sexo, tienen acceso a los cargos públicos y a los puestos electivos en condiciones de igualdad, según los requisitos que establezca la Ley.”<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Ver A. PALOMAR OLMEDA, “La configuración constitucional del derecho de acceso a las funciones públicas”, *Revista de las Cortes Generales* n° 25, 1992, pág. 93 y ss.

<sup>16</sup> El artículo 51 de la Constitución italiana continua en estos términos: “La Ley puede, para la admisión a los cargos públicos y a los puestos electivos, equiparar con los ciudadanos a los italianos que no pertenezcan a la república. Todo aquel que sea



A diferencia de las anteriores, la Constitución Portuguesa si incluye el derecho dentro de su título II, dedicado a los derechos, libertades y garantías. Así, en su artículo 48.4 dispone que: “Todos los ciudadanos tendrán derecho de acceso, en condiciones de igualdad y libertad, a las funciones públicas.”

En Francia, la Constitución de 1958 proclama la adhesión del pueblo francés a los derechos humanos tal y como fueron definidos en la Declaración de 1789, que citamos con anterioridad.

En el ámbito americano numerosas Constituciones contemplan igualmente este derecho. Como ejemplo, la Constitución Argentina de 1994, consagra este derecho en su capítulo I, bajo la rúbrica “declaraciones, derechos y garantías” estableciendo en su artículo 16 que: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales antes la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad.”

Por último, la Constitución de Chile de 1980, establece en su artículo 38, dedicado a las bases generales de la Administración del Estado, que: “Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.”

En suma, desde su inicial reconocimiento en la Declaración de 1789, el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, ha sido reconocido, con distintas formulaciones, en numerosas constituciones europeas y americanas, bien dentro del catálogo de derechos fundamentales, bien en los capítulos dedicados a los principios rectores de la Administración pública. Las constituciones

---

llamado a desempeñar funciones públicas electivas tiene derecho a disponer del tiempo necesario para su cumplimiento y a conservar su empleo”.

que reconocen el derecho fundamental atribuyen así a los titulares del mismo, esto es, a los ciudadanos, un conjunto de facultades que se ejercen principalmente frente a los poderes públicos, y que le permiten acudir a los tribunales en el caso de ese derecho subjetivo no sea respetado. Por su parte, en las constituciones que optan por incluirlo sólo como principio, se establecen un conjunto de mandatos y exigencias objetivos dirigidos a los poderes públicos en orden a la organización y funcionamiento de la Administración pública, y, más en concreto, en relación al acceso a la función pública.

### *1.2.2.3. En las Constituciones históricas españolas*

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas ha gozado de una larga tradición en nuestra historia constitucional. Desde el primer momento, por influencia de las ideas procedentes de la Revolución Francesa, las Constituciones históricas españolas se ocuparon del acceso a los empleos públicos.<sup>17</sup>

Así, la Constitución de Cádiz de 1812 abordó esta cuestión en su artículo 23 al establecer que “sólo los que sean ciudadanos podrán obtener empleos municipales y elegir para ellos en los casos señalados por la ley.” Como se puede ver, en esta Constitución se vinculó, por primera vez, el acceso a los empleos públicos con el concepto de ciudadanía.<sup>18</sup>

Ahora bien, fue la Constitución de 1837 la que contempló la igualdad en el acceso a los empleos públicos mediante una fórmula que,

---

<sup>17</sup> Una declaración general de igualdad no se encuentra, sin embargo, en los textos constitucionales españoles del siglo XIX y sólo en la Constitución de la segunda República aparece el principio general de igualdad similar al contenido en el actual art. 14 CE. Así lo destaca G. SUÁREZ PERTIERRA, en su análisis del art. 14 CE, en *Comentarios a las leyes políticas: Constitución española de 1978, Vol. II, VV.AA.* (O. ALZAGA VILLAAMIL Dir.), Madrid: Edersa, 1984, pág. 277.

<sup>18</sup> Asimismo el art. 317 de la Constitución de 1812 estableció que “Para ser alcalde, regidor y procurador síndico, además de ser ciudadano en el ejercicio de sus derechos, se requiere ser mayor de veinticinco años, con cinco, a lo menos, de vecindad o residencia en el pueblo. Las leyes determinarán las demás calidades que han de tener estos empleados.”

con muy pocas variaciones, ha pervivido en las sucesivas constituciones españolas que han estado vigentes desde entonces. Así el artículo 5 de la Constitución de 1837, posteriormente reiterado en la Constitución de 1845, establece:

“Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad.”

Los debates constitucionales de aquella época reflejan que la preocupación de los constituyentes de 1837 por la igualdad en el acceso estaba íntimamente ligada a la igualdad legal y la proscripción de todo tipo de excepciones o privilegios que disfrutaba la nobleza propios del Antiguo Régimen.<sup>19</sup>

Esta preocupación se manifiesta expresamente en el artículo 6 de la *non nata* Constitución de 1856 al añadir que “para ninguna distinción ni empleo público se requiere la calidad de nobleza” de tal suerte que se excluyen expresamente los privilegios por razón de nacimiento o clase social.

Por su parte el artículo 27 de la Constitución de 1869 introdujo un nuevo elemento cuando estableció en el párrafo 2º del artículo 27 que “la obtención del desempeño de estos empleos y cargos, así como la adquisición y ejercicio de los derechos civiles y políticos, son independientes de la religión que profesen los españoles.” Se añade, entonces, la prohibición de discriminación por motivos religiosos, al tiempo que se vincula el empleo público con la nacionalidad española.

Por el contrario, la Constitución de 1876, a medio camino entre la moderada de 1845 y la progresista de 1869, se limita a reproducir la

---

<sup>19</sup> Es muy ilustrativa la intervención del diputado OLAZAGA en el debate sobre el art. 5 de la Constitución de 1837; “En España, si no ha sido la nobleza tan privilegiada ni por consiguiente tan opresiva como en Francia, tenemos, no obstante, señores, en el día que es escandaloso que se está exigiendo para entrar en los Colegios Militares la limpieza de sangre”. (Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes nº 153, de 29 de marzo de 1837, pág. 2363)

fórmula tradicional de las Constituciones de 1837 y 1845, sin ninguna otra novedad adicional.

Por último, la Constitución republicana de 1931, en su artículo 40, añade a la fórmula ya tradicional, el inciso “sin distinción de sexo” y agrega al final “salvo las incompatibilidades que las leyes señalen”. Esta Constitución incorpora, pues, una prohibición de discriminación por razón de sexo y una remisión a la normativa sobre incompatibilidades.

En resumen, con distintos añadidos referidos a la prohibición de discriminaciones por razón de nacimiento, religión o sexo, fruto de la tendencia ideológica del momento, todas las Constituciones históricas, desde 1837, contemplaron que el acceso a los empleos y cargos públicos se hiciera según el mérito y la capacidad. En consecuencia podemos afirmar que el constitucionalismo histórico español ha prestado, desde sus inicios, una importante atención al problema del acceso a los empleos y cargos públicos.

Ahora bien, aunque de la redacción literal de los textos constitucionales pudiera entenderse que se estaba garantizando la efectiva igualdad de los españoles en el acceso al empleo público, los hechos se encargaron de desmentir tal pretensión. La realidad es que, como veremos más adelante, la historia de nuestros sistemas de acceso a la función pública está plagada de prácticas viciosas, frecuentemente amparadas por normas legales o reglamentarias, destinadas a evitar o limitar la igualdad de acceso a los cargos públicos desvirtuando los principios de mérito y capacidad.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Para un estudio en profundidad sobre la historia del acceso a la función pública en España, ver el importante trabajo de R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Políticas de selección en la función pública española (1808 – 1978)*, Madrid: Instituto de Administración Pública, 1989. Un resumen, igualmente ilustrativo, de la historia de las reformas administrativas en materia de acceso a la función pública en España lo presenta A. NIETO GARCÍA, en *Estudios de derecho y ciencias de la Administración*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 220 y ss.

## **2. EL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**

### **2.1. El reconocimiento del derecho en el artículo 23.2 CE**

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos viene recogido en el artículo 23.2 CE, es decir, dentro de la Sección primera del Capítulo segundo del Título I de nuestro texto constitucional, dedicado a los derechos fundamentales y las libertades públicas. Se consagra, pues, un verdadero derecho subjetivo que, al ser reconocido como derecho fundamental, goza de la protección jurídica privilegiada del artículo 53.2 CE, lo que otorga a sus titulares la posibilidad de acudir para su defensa, ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.<sup>21</sup> La redacción literal del artículo 23 CE es la siguiente:

1. “Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.”

2. “Asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen la leyes”.

La configuración del artículo 23.2 de nuestra Constitución ha planteado, como veremos, un conjunto de problemas interpretativos que han requerido la atención de la doctrina y una importante labor del Tribunal Constitucional.

---

<sup>21</sup> Art. 53.2 CE: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.”

### **2.1.1. Los debates constituyentes sobre el artículo 23.2 CE**

La redacción del art. 23.2 CE no fue objeto de especial debate durante la elaboración de la Constitución, salvo un fugaz intento de incluir en el texto los principios de mérito y capacidad.

Concluidos los trabajos de la ponencia elegida en el seno de la Comisión Constitucional, el 5 de enero de 1978 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes el anteproyecto de la Constitución de 1978. En su artículo 23.2, el anteproyecto estableció una redacción plenamente coincidente con su redacción actual: “Asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen la leyes”.

Sin embargo, en los debates parlamentarios que tuvieron lugar con ocasión de la redacción de este artículo se introdujo una propuesta relevante que es importante comentar.

En concreto, el art. 23.2 fue objeto de una enmienda en el Congreso de los Diputados formulada por el Diputado Carro Martínez proponiendo la siguiente redacción: “Asimismo tienen derecho a la igualdad de oportunidades para acceder a la funciones y cargos públicos”.

Finalizada por la ponencia designada para el estudio de las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados, el 17 de abril de 1978 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes las modificaciones introducidas al anteproyecto de la Constitución. La ponencia, aceptando en parte la enmienda del diputado Carro Martínez, modificó el contenido del art. 23.2 para añadir la expresión “según su mérito y capacidad” en el sentido siguiente: “Asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, según su mérito y capacidad, con los requisitos que señalen la leyes”.

Ello dio lugar a la oposición del grupo socialista ante la posibilidad de que los criterios de mérito y la capacidad pudieran ser tenidos en

cuenta a la hora de elegir a los cargos públicos de carácter político<sup>22</sup>. Por ello, en nombre de la ponencia, el diputado Pérez Llorca aceptó la supresión de la fórmula “según su mérito y capacidad”, proponiendo que la misma figurara en la parte de la Constitución relativa a la función pública, esto es al art. 103.3 CE (entonces art. 95), que quedó redactado de la siguiente manera: “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad...”

Finalmente la redacción original del art. 23.2 fue aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados por 293 votos a favor y una abstención. En su tramitación en el Senado el texto del art. 23.2 no sufrió modificación alguna.

### **2.1.2. El contenido del artículo 23.2 CE**

El art. 23.2 CE, a pesar de su redacción aparentemente sencilla, es un precepto sumamente complejo pues integra dos derechos fundamentales distintos: el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos representativos, y el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública profesional.

#### *2.1.2.1. El derecho de igualdad en el acceso a los cargos públicos representativos*

Los debates constituyentes, que hemos reseñado en el apartado anterior, pusieron de manifiesto con meridiana claridad que fue intención de los redactores incluir en el ámbito del art. 23.2 CE un

---

<sup>22</sup> El diputado Fajardo Espínola, en representación del Grupo Parlamentarios Socialista solicitó la supresión de las expresiones mérito y capacidad, argumentando que “nosotros pensamos que la expresión funciones y cargos públicos en varios artículos de esta Constitución, no está exclusivamente referido al término en sentido estricto; es decir a la función pública en sentido profesional, en sentido de servidores públicos”. Ver diario de sesiones del Congreso de los Diputados de 22 de mayo de 1978.

derecho al acceso a las funciones y cargos de carácter representativo o político.

Esta tesis tiene a su vez respaldo en la propia redacción literal del art. 23.2 CE que carece de un sustantivo propio, lo que lleva a pensar, ineludiblemente, que estamos ante una continuidad del artículo 23.1 que establece el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, así como el derecho al sufragio activo.<sup>23</sup> Por ello en una primera aproximación podría deducirse que el artículo 23.2 constituye el reverso del 23.1 y, en consecuencia, que contiene el derecho al sufragio pasivo, esto es, a presentarse como candidato y ser elegido para los cargos públicos de carácter representativo., garantizando la igualdad en el acceso.

Así lo sostuvo GARRIDO FALLA<sup>24</sup> quien entendió, en un primer momento, que las funciones y cargos públicos se referían exclusivamente a los cargos públicos de carácter político o representativo, quedando excluida de este artículo por tanto la función pública profesional.<sup>25</sup>

Por su parte la jurisprudencia constitucional también suscitó algunas dudas iniciales sobre el contenido del artículo 23.2 CE. Así diversas sentencias del Alto Tribunal limitaron el ámbito de actuación

---

<sup>23</sup> Art. 23.1 CE: “Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.”

<sup>24</sup> F. GARRIDO FALLA sostuvo, en la 1ª edición de *Comentarios a la Constitución*, Madrid: Civitas, 1980, pág. 451 que “En nuestra Constitución puede entenderse que las funciones y cargos públicos a que se refiere el artículo 23.2 que comentamos son distintas y no incluyen los puestos de la función pública profesional que contempla el artículo 103.3, de manera que aquellos serían, pues, los cargos públicos de carácter político”. Sin embargo en ediciones posteriores añadió un párrafo adicional en estos términos: “Sin embargo, hay que entender que el precepto que se comenta está pensando en el acceso a la función pública profesional y en relación con ella se redactó este artículo.” Ver F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed. 2001, pág. 524

<sup>25</sup> Otros autores también omitieron el acceso a la función pública profesional como parte del art. 23.2 CE en los tempranos comentarios a la Constitución española. Como ejemplo, P. LUCAS VERDÚ, “de los Derechos Fundamentales” en VV.AA. *Constitución española, edición comentada*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pág. 72 y 73.



del artículo 23.2 exclusivamente a los cargos representativos. Como ejemplo la STC 23/1984, de 2 de febrero, sostiene que el derecho de acceso a los cargos públicos que reconoce el art. 23.2, interpretado en conexión con el 23.1 y de acuerdo con tales preceptos, “se refiere a los cargos públicos de representación política, que son los que corresponden al Estado y a los entes territoriales en que se organiza territorialmente de acuerdo con el art. 137 de la Constitución, Comunidades Autónomas, Municipios y Provincias” (F.J 4º).<sup>26</sup>

#### *2.1.2.2. El derecho a la igualdad en el acceso a la función pública profesional*

El rechazo en el proceso constituyente a incluir los principios de mérito y capacidad en la redacción literal del art. 23.2 CE hizo que se suscitarán algunas dudas iniciales sobre si este precepto incluía también a los cargos o funciones no representativos, esto es, la función pública profesional.

Sin embargo, diversos autores ya mantuvieron, desde un primer momento, que el artículo 23.2 CE integraba en su contenido el acceso a los cargos públicos no representativos propios de los funcionarios públicos.<sup>27</sup> Así MARTÍN RETORTILLO<sup>28</sup> sostuvo que la expresión “funciones públicas” integraba a los cargos no representativos o profesionales y que el hecho de que estuvieran también contemplados

---

<sup>26</sup> Entre otras las SSTC 18/1984, 48 y 49/1988, 133/1989 y 160/1990.

<sup>27</sup> Así M. SÁNCHEZ MORÓN en el comentario al “art. 23.2 CE” en *Comentarios a la Leyes Políticas. La Constitución de 1978*, cit. en nº 6, pág. 669, defendió la inclusión en el ámbito del mencionado artículo de aquellos supuestos en los que se desempeña un cargo público no sólo por elección, sino también por concurso de méritos u oposición.

<sup>28</sup> L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Carrera administrativa y estatus funcional” en *VV.AA Estado y Sector Público en España*, Madrid: Fundación Hogar del Empleado, 1981, pág. 166 y ss.

en el artículo 103.3 CE no impedía considerarlos incluidos bajo el amparo del artículo 23.2 CE.<sup>29</sup>

En esa línea, tempranas sentencias del Alto Tribunal integraron en el seno del artículo 23.2 CE a la función pública profesional<sup>30</sup>, como, por ejemplo, la STC 75/1983, de 3 de agosto que expresamente señalaba que el derecho a la igualdad (del art. 23.2 CE) tiene un carácter general que “comprende a los servidores públicos y actúa en el acceso a la función pública, y a lo largo de la duración de la relación funcional.”

Por ello, ante estas dudas iniciales, el propio Tribunal Constitucional zanjó definitivamente la cuestión en la STC 24/1990<sup>31</sup>, en la que reconociendo que en alguna decisión aislada llegó a afirmarse que en este precepto se hacía referencia sólo a los cargos y funciones representativos de carácter electivo, una doctrina reiterada en numerosas sentencias lo entiende aplicable también a los cargos y funciones no representativos de carácter funcional.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> En esa línea se manifestó M. SÁNCHEZ MORÓN en *Comentarios a la Leyes Políticas*, op. cit., pág. 673: “La duda debe desvanecerse. El hecho de que los principios de mérito y capacidad no constituyan criterios válidos para el acceso a ciertos cargos públicos (los de carácter electivo o los de designación directa, por ejemplo), razón ésta que motivó su exclusión del artículo 23.2, que tiene un carácter muy general, no quiere decir que el derecho a acceder en condiciones de igualdad o, mejor aún, a que se prevean y apliquen condiciones de igualdad para el acceso, no afecte también a la función pública profesional.”

<sup>30</sup> La primera sentencia del Alto Tribunal que acoge en el seno del art. 23.2 CE a la función pública profesional es la STC 42/1981, de 22 de diciembre, sobre la constitucionalidad del art. 13, núm. 2, y disposición transitoria segunda, 1, de la Ley de 22 de abril de 1981, de Bibliotecas, del Parlamento de Cataluña, y en concreto sobre los requisitos de acceso a la condición de personal técnico bibliotecario.

<sup>31</sup> STC 24/1990, de 15 de febrero F.J.2º: “Aunque en alguna decisión aislada (STC 23/1984) llegó a afirmarse que este precepto, interpretado a la luz de los Pactos Internacionales sobre Derechos Fundamentales suscritos por España, hace referencia sólo a los cargos y funciones representativos, a los que se llega por procedimientos electivos, una doctrina consistente, reiterada en numerosísimas Sentencias, lo entiende aplicable también a los cargos y funciones de otro orden, siempre claro está, que se trate de cargos y funciones públicos (así, entre otras, SSTC 5/1983, 10/1983, 21/1984, 5/1986, 148/1986, 176/1986).”

<sup>32</sup> Un compendio de la jurisprudencia del Alto Tribunal en la que se entiende aplicable el art. 23.2 CE a la función pública profesional, podemos encontrarlo en M. PULIDO QUECEDO, *La Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 5ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2005, pág. 537 y ss.

A nuestro juicio, estas dudas iniciales acerca de la extensión del artículo 23.2 a la función pública profesional fueron totalmente infundadas. Buena prueba de ello es la casi total coincidencia de la redacción del artículo 23.2 CE con lo establecido en Declaraciones Internacionales de Derechos que contemplan en su articulado el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país.

Especialmente relevante es el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en Nueva York en 1966, que fue ratificado por España en 1977, es decir, durante el proceso constituyente, por lo que tuvo una indudable influencia en la redacción de nuestro texto constitucional. En dicho artículo se recoge, con una redacción casi idéntica a nuestro art. 23.2 CE, el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país.<sup>33</sup>

La extensión del artículo 23.2 CE a los funcionarios públicos se fundamenta, pues, en la distinción entre los términos “funciones” y “cargos” que en nuestra Constitución se unen, pero que se refieren a realidades distintas. Así la expresión “funciones públicas” acogería a los puestos funcionariales a los que se accede, no por elección, sino por procesos selectivos basados en el mérito y la capacidad de los aspirantes. Por su parte con la expresión “cargos públicos” el art. 23.2 CE englobaría a los cargos electivos de carácter representativo o político. Esta interpretación es la formulada por el propio Tribunal Constitucional en la STC 71/1989, de 20 de abril, en la que se distingue con claridad el significado y alcance de ambas expresiones,

---

<sup>33</sup> Art, 25 Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York 1966: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en su artículo 2<sup>33</sup> y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país.”

reconociendo con el término “funciones” el derecho a acceder a la función pública profesional.<sup>34</sup>

Cuestión distinta es que los términos “funciones” y “cargos” públicos requieran a su vez de una labor de precisión y delimitación de sus contornos, que en muchas ocasiones presentan fronteras difusas que corresponderá fijar a la jurisprudencia.<sup>35</sup>

Se engloban, pues, dentro del mismo artículo dos derechos, que si bien presentan elementos comunes<sup>36</sup>, tienen fundamentos y contenidos muy distintos. El derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública profesional atiende a la aplicación de la ley con objetividad, independencia y eficacia al servicio de los intereses generales, mientras la igualdad en el acceso a los cargos representativos se centra en la determinación de ese interés general y en la creación del derecho mediante representantes elegidos democráticamente. Uno requiere de funcionarios seleccionados mediante criterios de mérito y capacidad, y el otro de representantes de la voluntad popular elegidos mediante sufragio universal.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> STC 71/1989, de 20 de abril, F.J. 3º: “La primera consideración que procede hacer es la dirigida a identificar cuál es el derecho fundamental realmente cuestionado, pues los demandantes hacen referencia generalizada a los derechos del art. 23 de la Constitución, sin advertir que en este precepto, en cuyo núm. 2 se distinguen «funciones» y «cargos» públicos, se reconocen, de un lado, el derecho a acceder a puestos funcionariales a través del cual se despliega un aspecto de la participación de los ciudadanos en las instituciones públicas que tienen su conexión propia en los principios que, según el art. 103 de la Constitución, deben regir la organización y funcionamiento de la Administración y, de otro lado, dos derechos que encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y de pluralismo político consagrados en el art. 1 de la Constitución.”

<sup>35</sup> M SÁNCHEZ MORÓN, *Comentarios a la Leyes Políticas*, cit. en nº 4, pág. 674 y ss. expone una completa tipología de los posibles cargos y funciones públicos que se integran en el art. 23.2 CE. Igualmente, J. BALLARÍN IRIBARREN, en “El derecho de acceso a cargos y funciones públicas”, *Revista del Poder Judicial* nº 5, 1997, pág. 67 y ss.

<sup>36</sup> Podrían citarse como elementos comunes de estos derechos, que ambos son derechos de configuración legal, que no tienen carácter sustantivo sino puramente reaccional y que constituyen una concreción del principio general de igualdad.

<sup>37</sup> La relación entre el art. 23.1 y el art. 23.2 es analizada por L. LÓPEZ GUERRA, en “Derechos de participación política”, en *VV.AA. Derecho Constitucional vol. I*, 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pág. 330.

Esta heterogeneidad de derechos contenida en el artículo 23.2 ha ocasionado como hemos visto, confusiones e importantes problemas interpretativos, en la doctrina que se ha ocupado de ellos.<sup>38</sup> Por ello entendemos, de acuerdo con RUBIO LLORENTE<sup>39</sup>, que fue un error de perspectiva de los constituyentes la redacción del artículo 23.2 CE que integra en un mismo precepto derechos tan dispares, y que hubiera sido mejor, sin lugar a dudas, su tratamiento en artículos diferentes, tal y como ocurre en el resto de las constituciones europeas.

## **2.2. El derecho a la igualdad en el acceso a la función pública como derecho a la igualdad**

El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el derecho reconocido en el art. 23.2 CE constituye una manifestación o concreción del genérico derecho a la igualdad<sup>40</sup>. Muy claramente lo expone la STC 50/1986, de 23 de abril, cuando señala que “el art. 23.2 de la norma constitucional, concreta, sin reiterarlo, el mandato presente en la regla que, en el artículo 14 de la misma Constitución, establece la igualdad de todos los españoles ante la Ley”.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> En muchos casos, a pesar de tratarse de derechos tan dispares, la doctrina los ha tratado conjuntamente, con las dificultades que ello ha entrañado. Así, quizá el trabajo más profundo en esta materia nos lo proporciona M. PULIDO QUECEDO, en *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución*, Madrid: Civitas, 1992, que realiza el estudio conjunto de ambos derechos. Por ello, en el prólogo del libro, fruto de una tesis doctoral, el profesor Rubio Llorente comenta que, más que una tesis, se trataba en rigor de dos tesis distintas.

<sup>39</sup> F. RUBIO LLORENTE, en el prólogo de M. PULIDO QUECEDO, *El acceso a los cargos y funciones públicas*, cit. en nº 13, pág. 24: “...fue resultado sobre todo de un error de perspectiva en razón del cual se han incluido en el seno de un mismo artículo dos preceptos de contenido muy distinto y que quizás no tienen en común sino el ser ambos superfluos y el referirse tanto el uno como el otro a derechos cuyos sujetos no son todos los hombres, ni todos los españoles, sino los ciudadanos, o más precisamente los españoles mayores de edad.”

<sup>40</sup> Numerosas sentencias han reiterado esta posición del Tribunal Constitucional. Entre otras citamos las SSTC 67/1989, de 18 de abril, FJ 1, 27/1991, de 14 de febrero, FJ 4, y 16/1998, de 26 de enero, FJ 5.

<sup>41</sup> STC 50/1986, de 23 de abril, F.J 4º: “El art. 23.2 de la norma constitucional, concreta, sin reiterarlo, el mandato presente en la regla que, en el artículo 14 de la misma Constitución, establece la igualdad de todos los españoles ante la Ley, según

Por ello, si bien el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas presenta unos perfiles propios, es necesario analizar el derecho general a la igualdad para comprender el contenido del específico derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 CE.

### **2.2.1. El derecho a la igualdad en la Constitución Española**

El art. 14 CE reconoce un derecho general a la igualdad en los siguientes términos:

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

En primer lugar, hay que advertir que el derecho a la igualdad es un derecho especial, distinto a todos los demás, pues no se concreta en una actividad determinada ni en un ámbito de la realidad concreto. Como señala la doctrina<sup>42</sup>, la igualdad no es un derecho subjetivo autónomo, es decir, “la igualdad *per se* no existe jurídicamente”<sup>43</sup>, pues una persona no puede ver lesionado su derecho a la igualdad en abstracto. Estamos, pues, ante lo que la doctrina califica como un

---

hubo ya ocasión de señalar en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, de tal manera que cuando, como aquí ocurre, la queja por discriminación se plantee respecto de los supuestos contenidos en el art. 23.2 y siempre que no se haya verificado la diferenciación impugnada en virtud de alguno de los criterios explícitamente impedidos en el art. 14, será de modo directo aquel precepto el que habrá de ser considerado para apreciar si lo en él dispuesto ha sido o no desconocido por la decisión que se ataca”.

<sup>42</sup> L.M. DIEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit. en nº 5, pág. 175

<sup>43</sup> J.M. BAÑO LEÓN, “La igualdad como derecho público subjetivo”, cit. en nº 4, “En verdad no puede discutirse que la igualdad *per se* no existe jurídicamente, pues, como dice la STC 76/1983, de 3 de agosto, su contenido viene establecido siempre respecto de la relaciones jurídicas concretas, pero ello no quiere decir que no se pueda calificar a la igualdad de derecho subjetivo, pues el objeto de la igualdad no se identifica con el objeto del derecho y, además, y esto es lo fundamental, de no existir el derecho a la igualdad, el afectado por la discriminación respecto al disfrute de un derecho o una relación jurídica, no podría exigirla reparación de dicha discriminación.”

derecho relacional<sup>44</sup>, pues ha de darse al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Sólo respecto a una relación jurídica concreta, como, por ejemplo, la que surge cuando se intenta acceder a una determinada función pública, podrá establecerse un término de comparación, al objeto de determinar si el trato al que se somete a una persona es discriminatorio frente al dado a otros que se encuentren en la misma situación.

El derecho a la igualdad constituye un derecho fundamental que otorga a sus titulares la posibilidad de reaccionar frente a los actos de los poderes públicos que introduzcan un trato diferente e injustificado respecto al dado a otra persona que se encuentre en la misma situación. Es decir, es un derecho a no ser tratado de forma diferente y sin justificación suficiente para ello.

Ahora bien, ¿cuándo un trato diferente es injustificado y, por lo tanto, discriminatorio? Para determinar si un tratamiento distinto es o no discriminatorio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido una serie de requisitos, que son distintos según se trate de un tratamiento introducido por la ley (derecho a la igualdad en la ley), o producido en la aplicación de la ley, ya sea aplicación por la Administración o por el Poder judicial (derecho a la igualdad en la aplicación de la ley).

---

<sup>44</sup> F. RUBIO LLORENTE, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 31, 1991, pág. 12: “La igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los términos de la comparación, entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial y/o temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad”.

### 2.2.1.1. Igualdad en la ley

En el primero de los planos, esto es, desde la perspectiva de la igualdad en la ley, el legislador no podrá establecer, al regular una determinada relación jurídica, diferencias de trato que se consideren arbitrarias, por carentes de justificación objetiva y razonable. De esta manera el derecho a la igualdad opera como límite a la acción legislativa.<sup>45</sup>

Ello trasladado al derecho fundamental del artículo 23.2 CE implica, por un lado, la *inconstitucionalidad* de aquellos requisitos para el acceso que tengan carácter discriminatorio por establecer diferencias de trato no justificadas o razonables. Por otro lado, supone, asimismo, la inconstitucionalidad de aquellos procedimientos de selección que supongan ventajas o desventajas injustificadas, a favor o en contra de algunos de los candidatos.

Ahora bien, todo requisito de acceso, o cualquier mérito que se valore en un candidato, supone en sí mismo una diferenciación de trato y la obtención de una ventaja para quien lo posea sobre aquel que carezca de él. Por ello, como señala JIMÉNEZ CAMPO<sup>46</sup>, de lo que se trata en realidad es de indagar en la fundamentación en cada caso de las diferencias normativas, de las desigualdades de trato, con el fin de evitar o reparar discriminaciones desprovistas de todo basamento objetivo. El fin no es, por tanto, la determinación de cuales sean las opciones mejores o más adecuadas que pudiera haber acogido el legislador<sup>47</sup>, sino evitar las discriminaciones en tanto diferencias de trato carentes de justificación objetiva y razonable.

---

<sup>45</sup> Para analizar la igualdad como norma o parámetro en el control de la constitucionalidad de las leyes, es recomendable la lectura del trabajo de J. JIMÉNEZ CAMPO, "La igualdad jurídica como límite frente al legislador" *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 9, 1983, pág. 71 y ss.

<sup>46</sup> J. JIMÉNEZ CAMPO, "La igualdad jurídica..." op. cit., pág 75.

<sup>47</sup> STC 75/1983, de 3 de agosto, F.J. 2º.



En consecuencia, la cuestión esencial radica en determinar cuándo un trato diferente es injustificado por arbitrario y discriminatorio. La doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han abordado en profundidad este asunto.<sup>48</sup> Recordemos aquí los aspectos esenciales de la jurisprudencia del Alto Tribunal en relación al derecho a la igualdad en la ley, para el posterior análisis de las posibles desigualdades que se produzcan al regular el legislador el acceso a la función pública docente.

El Tribunal Constitucional, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas palabras casi literalmente transcribe, señala que el principio de igualdad en la ley resulta vulnerado “si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.”<sup>49</sup>

Este juicio de igualdad, que ha sido objeto de numerosos estudios doctrinales<sup>50</sup>, se concreta en una serie de condiciones que han sido fijadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y que deben darse para que una desigualdad se entienda justificada.

---

<sup>48</sup> Para un análisis de mayor profundidad sobre este tema ver, entre otros, M. SALVADOR MARTÍNEZ, “La Igualdad”, en *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales* op. cit., pág. 95 y ss; M. RODRÍGUEZ PIÑEIRO, y M<sup>a</sup>.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Madrid: Tecnos, 1986; F. RUBIO LLORENTE, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, op. cit.

<sup>49</sup> STC 22/1981 F.J. 3<sup>a</sup>. Igualmente las posteriores SSTC 75/1983, de 3 de agosto, F.J. 2<sup>o</sup>; 23/1984, de 20 de febrero, F.J. 6<sup>o</sup>; 93/1984, de 16 de octubre F.J. 1<sup>o</sup>;

<sup>50</sup> Ver, entre otros, E. ALONSO GARCÍA, “El principio de igualdad en el artículo 14 de la Constitución Española”, *Revista de Administración Pública*, n<sup>o</sup> 100-102, 1983, pág. 21 y ss; J. SUAY RINCÓN, “Principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *VV.AA Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a Enterría*, Madrid: Civitas, 1991, pág. 842 y ss.

a) *Igualdad de supuestos de hecho.*

En primer lugar, y con carácter previo, se precisa la presencia de un *tertius comparationis*, es decir, que el sujeto que alegue una discriminación especifique qué característica define tanto su situación como la del otro, de modo que puedan compararse y se pueda concluir si ambas situaciones son iguales o diferentes<sup>51</sup>. En palabras del Alto Tribunal se requiere “que las situaciones subjetivas que quieran traerse a comparación por el recurrente sean, efectivamente equiparables, y ello entraña la necesidad de que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso”<sup>52</sup>. Por ejemplo, el establecimiento de un determinado requisito para acceder a una determinada función pública implica que, quienes lo posean, puedan ser candidatos y por tanto tengan la posibilidad de acceder a la misma, mientras quienes carecen de él quedan excluidos *ab initio* del proceso. Se establece pues, en este caso, un término de comparación entre dos personas a quienes la ley diferencia, atribuyéndoles distintas consecuencias jurídicas.

b) *Finalidad constitucionalmente legítima*

En segundo lugar es necesario determinar si existe alguna finalidad constitucionalmente legítima que justifique un tratamiento

---

<sup>51</sup> M. SALVADOR, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 114.

<sup>52</sup> STC 148/1986, de 25 de noviembre, F.J. 6º: “El presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del art. 14 CE, es que las situaciones subjetivas que quieran traerse a comparación por el recurrente sean efectivamente equiparables (STC 76/1986, de 9 de junio), y ello entraña la necesidad de que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Dicho en otras palabras, lo que se requiere para hacer posible un juicio de igualdad es que el legislador haya atribuido las consecuencias jurídicas que se dicen diversificadoras a grupos o categorías personales creadas por él mismo, porque es entonces, si el autor de la norma diversifica lo homogéneo, cuando puede decirse también que su acción selectiva resulta susceptible de control constitucional dirigido a fiscalizar si la introducción de factores diferenciales (STC 42/1986, de 10 de abril), o de elementos de diferenciación (STC 162/1985, de 29 de noviembre), resulta o no debidamente fundamentada”.

diferente en dos situaciones que son calificables, en principio, como semejantes, por concurrir en ambas esas características esenciales. Esa desigualdad, por tanto, no puede ser gratuita sino que ha de responder pues a una finalidad que, además, debe ser constitucionalmente legítima.

Se plantea la cuestión de si esa finalidad constitucionalmente legítima ha de referirse a un bien o valor reconocido en nuestra Constitución, o si basta con que tal finalidad simplemente no colisione con el sistema de valores constitucionalmente consagrado<sup>53</sup>. Según señala SUAY RINCÓN, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido evolucionando hacia la segunda de estas posturas, aceptando, por tanto, cualquier finalidad que no sea contraria a los valores constitucionales<sup>54</sup>. En este caso la posibilidad de dar tratos diferentes que superen el juicio de igualdad se ampliaría notablemente, pues cualquier finalidad que no contrarie la Constitución sería aceptable.

*c) Congruencia entre el trato desigual y la finalidad perseguida*

---

<sup>53</sup> RODRÍGUEZ PIÑEIRO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ M<sup>a</sup>.F., *Igualdad y discriminación*, op. cit., pág. 63: “La vinculación a la Constitución puede estructurarse, básicamente, de dos maneras: positivamente, asegurando que la legitimación para introducir diferenciaciones descansa en una habilitación expresa de la Constitución; negativamente, deduciendo la legitimidad del hecho de que ni la finalidad de la medida, ni el factor diferencia, ni la propia medida diferenciadora sean incompatibles con la Constitución, aunque no se apoye en un precepto o en un principio expreso de la misma.”

<sup>54</sup> J. SUAY RINCÓN, “Principio de igualdad...”, op. cit., pág. 856: “En segundo lugar, y centrándonos en el test de razonabilidad, se ha renunciado a la búsqueda de una conexión entre la medida impugnada y un bien o valor constitucional. Aunque, al principio, aún se siguió realizando, como acredita la STC 95/1985, de 19 de noviembre, el criterio va abandonándose de forma paulatina, lo cual, por ejemplo, en la STC 18/1987, de 16 de febrero, está muy claro. Difícilmente podría encontrar un punto de enganche con un bien o valor constitucional el hecho de que el Presidente de la Caja Postal sea o no designado directamente, supuesto que allí se suscitaba, a pesar de lo cual no se otorgó el amparo. La solución adoptada parece preferible, porque, de lo contrario, una de dos: o se parte de una interpretación estricta del término bien o valor constitucional y entonces hay que declarar inconstitucional la mayor parte del ordenamiento jurídico; o bien se interpretan generosamente dichos conceptos, y entonces, tanto da decir esto como no decir nada.”

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional exige que exista coherencia entre el trato desigual y la finalidad perseguida, es decir, que el medio sea adecuado para conseguir el fin. Se trata pues de analizar la lógica intrínseca de la norma, en cuanto a si ésta es idónea y apta para alcanzar los fines constitucionalmente legítimos que se persiguen<sup>55</sup>. Si hay relación entre la finalidad perseguida y la medida concretamente impugnada la desigualdad estará justificada, y lo contrario ocurrirá si esa relación no existe. Así, si la normativa para el acceso a la función docente establece ventajas para los profesores interinos, con el objeto de reducir la tasa de empleo temporal en la Administración, habrá que analizar si tal finalidad es constitucionalmente legítima y si la medida adoptada, que otorga ventajas a unas personas frente a otras, guarda una relación coherente con dicha finalidad. En consecuencia, el análisis de la finalidad de la norma, denominado por la doctrina como test de razonabilidad<sup>56</sup>, es la piedra angular del juicio de igualdad.

#### *d) Proporcionalidad*

Por último, el Tribunal Constitucional exige que la diferencia de trato sea proporcionada, es decir, que las consecuencias jurídicas de esa medida no guarden una manifiesta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican. En palabras del Tribunal “que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal

---

<sup>55</sup> M. SALVADOR MARTÍNEZ, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 47 “Debe existir, por tanto, una conexión efectiva y coherente entre el trato desigual, los supuestos de hecho diferentes que lo justifican y la finalidad que se persigue. Así, por ejemplo, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, no existe congruencia si se condiciona el derecho a recibir una pensión a la buena conducta, pues el trato diferente debe guardar una directa y razonable relación con la finalidad perseguida.”

<sup>56</sup> Un análisis en profundidad del test de razonabilidad lo aporta E. ALONSO GARCÍA, en “El principio de igualdad...” op. cit.

distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos.”<sup>57</sup>

Esta ponderación que ha de realizar el Tribunal Constitucional es denominada por la doctrina como test de proporcionalidad<sup>58</sup>. Aquí, como señala SALVADOR MARTÍNEZ<sup>59</sup>, “entra en juego el elemento más valorativo” del juicio de igualdad, pues el Tribunal deberá realizar esa ponderación de acuerdo a las convicciones sociales del momento. En expresiones utilizadas frecuentemente en sus sentencias por el Tribunal Constitucional, ese juicio de proporcionalidad debe corresponderse con “lo razonable”, con “criterios y juicios de valor generalmente aceptados.”

En suma, si una norma de acceso a la función pública establece un trato diferente entre unos candidatos y otros, pero cumple todas las exigencias mencionadas anteriormente, no estaremos ante un trato discriminatorio, contrario al derecho a la igualdad en el acceso del artículo 23.2 CE, sino ante un trato diferente justificado. En caso contrario el legislador habría infringido el derecho a la igualdad en la ley.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> STC 214/2006, de 3 de julio, F.J. 2º.

<sup>58</sup> Para analizar en mayor profundidad el test de proporcionalidad ver J. FERNÁNDEZ NIETO, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público europeo*, Madrid: Servicio republicaciones Universidad Rey Juan Carlos, 2008. Asimismo J. SUAY RINCÓN en “Principio de igualdad...” op. cit pág. 867 y ss.

<sup>59</sup> M. SALVADOR MARTÍNEZ, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 47.

<sup>60</sup> Como resumen de la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia, entre otras muchas, reseñamos la STC 200/2001, de 4 de octubre, F.J 4º: “Como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio , recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en relación con el art. 14 CE , el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente

### *2.2.1.2. Igualdad en la aplicación de la ley*

Desde la perspectiva de la igualdad en la aplicación de la ley, la Administración pública, por un lado, y los jueces y tribunales, por otro, están obligados a interpretar y aplicar la ley de forma igual en supuestos iguales. Ahora bien, no se trata de que la ley reciba siempre la misma interpretación en el sentido de que los sujetos a los que se aplica resulten siempre idénticamente afectados, sino que no se emitan resoluciones arbitrarias por incurrir en desigualdad no justificada en un cambio de criterio. Esto supone que, en el caso de la aplicación de la ley, el respeto a la igualdad se identifica con la vinculación al precedente. No obstante, los criterios para determinar si un trato diferente en la aplicación de la ley es arbitrario o no son distintos según se trate de la Administración pública o de los jueces y tribunales.

#### *2.2.1.2.1. Igualdad en la aplicación de la ley por la Administración pública.*

La Administración pública vulnera la igualdad en la aplicación de la ley cuando inaplica arbitrariamente un precedente administrativo. En ese caso, la persona que crea vulnerado su derecho a la igualdad tiene que acudir a la vía contencioso-administrativa y exigir que se respete el precedente y, con ello, el derecho a la igualdad. Para ello el Alto tribunal exige que, para recurrir en amparo por violación de la igualdad en la

---

aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.”

aplicación administrativa de la ley, se aporte como término de comparación un precedente que haya sido ratificado judicialmente.<sup>61</sup>

En el ámbito del acceso a las funciones públicas, la vulneración de la igualdad en la aplicación de la ley por la Administración, se produce siempre en el contexto de un determinado proceso selectivo en el que el órgano administrativo de selección establece precedentes distintos, en situaciones iguales, entre distintos aspirantes. Así, si un tribunal de oposición adopta una resolución con uno de los candidatos con un criterio distinto al utilizado con otro de los aspirantes, sin justificación alguna, estará infringiendo el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

En consecuencia, como señala el Tribunal Constitucional en la STC 138/2000, de 29 de mayo, el art. 23.2 CE incorpora el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley de tal modo que durante el desarrollo del procedimiento selectivo ha de quedar excluida en la aplicación de las normas reguladoras del mismo toda diferencia de trato entre los aspirantes, habiendo de disponérseles a todos un trato igual en las distintas fases del procedimiento selectivo, pues las condiciones de igualdad a que se refiere el art. 23.2 CE se proyectan no sólo a las propias leyes, sino también a su aplicación e interpretación.<sup>62</sup>

#### 2.2.1.2.2. Igualdad en la aplicación de la ley por los jueces y tribunales.

##### La igualdad en la aplicación de la ley, en el caso de los órganos

---

<sup>61</sup> Como señala la STC 73/1988, de 21 de abril, F.J 4º, el precedente administrativo no sancionado por resolución judicial no puede prevalecer frente al que ha obtenido la fuerza que genera la sanción judicial.

<sup>62</sup> STC 138/2000, de 29 de mayo, F.J. 6º. El Alto Tribunal matiza en esta sentencia que “el art. 23.2 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a las funciones públicas, ya que sólo cuando la infracción de las normas o bases reguladoras del proceso selectivo implique a su vez una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esa dimensión interna y más específica del derecho que reconoce el art. 23.2 CE, lo que de suyo exige la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad (SSTC 115/96, de 25 de junio F.J 4º y 73/1998, de 31 de marzo, F.J 3º).

jurisdiccionales, presenta algunas peculiaridades que es necesario reseñar. Por un lado, la independencia que gozan los jueces y tribunales en el ejercicio de sus funciones, les permite interpretar las normas en un sentido distinto al que lo hayan hecho otros órganos judiciales. Por otro lado, la facultan que asimismo tienen para rectificar su propia y precedente interpretación de una norma, bien porque entienda que cada caso merece una interpretación diversa, bien porque considere necesario corregir errores anteriores en su aplicación.

Para determinar cuándo una decisión de este tipo es arbitraria, el Tribunal Constitucional exige que se den los siguientes requisitos<sup>63</sup>:

a) En primer lugar, que se aporte un *tertium comparationis*, pues el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan resuelto de forma contradictoria.

b) En segundo lugar que se trate de dos situaciones de hecho iguales, pues sólo si los casos son iguales entre sí su puede efectivamente pretender que la solución dada para uno debe ser igual a la del otro.

c) En tercer lugar, que el órgano judicial al que se imputa un trato diferente sea el mismo que dictó la decisión que se aporta como término de comparación.

d) Por último, en el caso de que un juez o tribunal cambie de criterio respecto a decisiones precedentes, este cambio no puede ser arbitrario, para lo cual debe estar motivado y ser de aplicación general.

### 2.2.1.3. *Prohibiciones expresas de discriminación del art. 14 CE*

El artículo 14 de nuestra Constitución, además de consagrar como cláusula general que “todos los españoles son iguales ante la ley”, proscribire toda discriminación en razón a determinadas circunstancias

---

<sup>63</sup> Como resumen de la jurisprudencia al respecto, ver la STC 163/2003.



que califica *a priori* de injustificadas, ya que históricamente se han utilizado para establecer tratos arbitrarios y merecen especial rechazo y reprobación. Así, tras la primera afirmación, el artículo 14 CE continúa: “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

De esta manera, las circunstancias o características enumeradas en el art. 14 CE se consideran criterios sospechosos *a priori*. Existe, pues, una sospecha de ilegitimidad en su uso, una presunción de que si se utilizan será para introducir un trato discriminatorio. Ello implica, en principio, que estas condiciones y circunstancias personales y sociales no han de ser exigidas o valoradas para el acceso a la función pública. No obstante, en casos excepcionales, sí cabe utilizar estos criterios como requisitos de acceso, si bien, en ese caso, se exige un régimen más severo para justificar el trato diferente y, además, corresponde al autor de la discriminación la carga de demostrar el carácter justificado de la discriminación.<sup>64</sup>

En el caso del acceso a la función pública, cuando el trato discriminatorio se produzca por alguna de las circunstancias reseñadas en el art. 14 CE, será este precepto, y no el art. 23.2 el que entre en juego para garantizar el derecho a la igualdad de los ciudadanos. Así lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional al establecer que, en estos supuestos, será el art. 14 CE quien de modo directo habrá de ser considerado a efectos de apreciar si se ha producido o no una vulneración del derecho a la igualdad.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> M. SALVADOR MARTÍNEZ, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 120.

<sup>65</sup> STC 50/1986, de 23 de abril, F.J 4º: “de tal manera que cuando, como aquí ocurre, la queja por discriminación se plantee respecto de los supuestos contenidos en el art. 23.2 y siempre que no se haya verificado la diferenciación impugnada en virtud de alguno de los criterios explícitamente impedidos en el art. 14, será de modo directo aquel precepto el que habrá de ser considerado para apreciar si lo en él dispuesto ha sido o no desconocido por la decisión que se ataca”.

### **2.2.2. La igualdad como principio**

La Constitución española no sólo contempla la igualdad en su art. 14. Así, el art. 1.1 CE afirma que la igualdad es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, y el art. 9.2 establece que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...”.

De esta manera la igualdad se manifiesta en nuestra Constitución no sólo como derecho subjetivo, sino como principio estructural de nuestro Estado social y democrático de derecho. Como tal principio, la igualdad informa la actividad de los poderes públicos y sirve como criterio de interpretación de otras normas jurídicas.<sup>66</sup> Pero además, la igualdad como principio establece un conjunto de mandatos objetivos dirigidos a los poderes públicos, impone exigencias en cuanto a la organización y funcionamiento de los poderes del Estado, a la creación y aplicación del ordenamiento jurídico, y en orden a la actuación de todos los poderes públicos en todas las esferas y respecto de todas las personas y grupos.<sup>67</sup>

#### *2.2.2.1. Igualdad formal*

El principio de igualdad contiene, en su formulación clásica, un mandato de igualdad jurídica o formal. Este mandato se refiere a los factores jurídicos que determinan la posición de los sujetos y que dependen de la actividad de los poderes públicos, y su contenido coincide con el que históricamente se ha atribuido a la denominada

---

<sup>66</sup> Así lo estableció la temprana STC 4/1981

<sup>67</sup> F. CRUZ VILLALÓN, “El principio de igualdad y otros conceptos afines”, en *Jornadas sobre los derechos individuales en la Constitución Española. La doctrina del Tribunal Constitucional*, Sevilla: Fundación El Monte, 1993, pág. 44.

“igualdad ante la ley”, es decir, a la “igualdad en la ley” y a la igualdad en la aplicación de la ley”, que analizamos con anterioridad.

Este mandato de igualdad, trasladado al acceso a la función pública, obliga, al margen del derecho subjetivo a la igualdad, al legislador y a la Administración pública a dar un trato igual a todos los candidatos que estén en la misma situación, permitiendo, no obstante, dar un trato diferente justificado.

#### *2.2.2.2. Igualdad material*

Con la transformación del Estado liberal en Estado social, al mandato de igualdad formal se añade el de la igualdad real y efectiva, esto es, la igualdad material. El mandato de la igualdad material obliga a los poderes públicos a tener en cuenta las desigualdades reales existentes y a intervenir para corregirlas. En consecuencia los poderes públicos han de adoptar medidas de acción positiva para conseguir una mayor igualdad entre aquellos colectivos entre los cuales se aprecie una desigualdad real otorgándoles, si es necesario, un trato de favor.

Desde la perspectiva del derecho consagrado en el art. 23.2 CE, la igualdad material obliga a los poderes públicos a favorecer que determinados colectivos que pudieran estar en una situación especial de desventaja puedan también gozar de este derecho fundamental y por lo tanto acceder a una plaza en la función pública. Este es el caso, por ejemplo, de la reserva de plazas para candidatos con minusvalías. Nuestro Tribunal Constitucional, como otros Tribunales Constitucionales y Tribunales internacionales de derechos, ha admitido la constitucionalidad con carácter general de este tipo de medidas de acción positiva, que introducen un trato diferente, más favorable, para aquellos grupos o colectivos que se encuentren en una situación de hecho más desventajosa. No obstante, más allá de esta afirmación general, cada concreta medida de acción positiva que introduzca un trato diferente deberá superar el correspondiente juicio para determinar

si lesiona o no el derecho a la igualdad del grupo al que no beneficia la medida.<sup>68</sup>

### **2.3. El derecho a la igualdad en el acceso a la función pública en el sistema europeo de derechos**

Los derechos fundamentales en España se interpretan en el contexto del “sistema europeo de derechos” integrado por el Consejo de Europa, con el “Convenio Europeo de Derechos Humanos”, y la Unión Europea “UE”, con la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.<sup>69</sup>

En este caso concreto, sin embargo, como veremos ahora, el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública no tiene reconocimiento expreso en este sistema.

Es cierto que es un derecho muy vinculado a la idea de Administración pública del Estado nacional, y que en muchos países no es un derecho fundamental, sino un principio; pero también es cierto que es esencial para garantizar un Estado democrático de derecho, el modelo sobre el que se construye Europa.

Queda, no obstante, el derecho a la igualdad, que sí tiene reconocimiento en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Carta UE, y cuya interpretación ha servido y sirve de parámetro para concretar el contenido del derecho general a la igualdad del art. 14 CE, y también, claro está, del derecho específico a la igualdad del art. 23.2 CE.

---

<sup>68</sup> Para un análisis en profundidad ver, entre otros, el trabajo de E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

<sup>69</sup> El art. 10.2 CE establece: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

### **2.3.1. Ausencia del derecho en el Convenio Europeo de Derechos Humanos**

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado en el seno del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, no contempla entre su articulado el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública profesional.

A pesar de que el Convenio está inspirado en la Declaración Universal de los derechos Humanos de 1948<sup>70</sup>, fue evidente la voluntad de los redactores de excluir este derecho del catálogo establecido en el Convenio original y en los posteriores protocolos que han ido ampliando el listado de derechos. Buena prueba de ello es que el protocolo n° 7, que inicialmente contemplaba este derecho, fue posteriormente excluido del mismo.

Es por ello que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, elemento central del sistema de garantías del Convenio, apenas haya dictado sentencias que tengan como cuestión fundamental el acceso a la función pública profesional. Sólo de manera tangencial, y en relación a otros derechos fundamentales afectados, el TEDH se ha ocupado de aspectos relacionados con la función pública.

Como ejemplo ilustrativo puede citarse el llamado asunto Kosiek<sup>71</sup>, relativo a la exclusión de un profesor del acceso a un puesto de funcionario debido a su afiliación a un determinado partido político, y a la publicación de dos libros en los que expresaba determinadas ideas políticas que se entendían contrarias a la Constitución alemana. Pero en realidad lo que se abordó en dicha sentencia no era el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública, tal y como está

---

<sup>70</sup> Preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, Considerando la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; Considerando que esta Declaración tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ella enunciados;...”

<sup>71</sup> Sentencia del TEDH de 28 de junio de 1986.

siendo objeto de estudio en este trabajo, sino el respeto a la libertad de expresión, de opinión y de recibir y comunicar ideas sin interferencias de la autoridad pública, recogidos en el art. 10.1 del Convenio.

Resulta, en conclusión, un tanto sorprendente que, sólo dos años después de la Declaración Universal de Derechos del Hombre en 1948, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no contemple el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública, lo que ha llevado a un sector de la doctrina a sostener que se ha producido un retroceso en relación a este derecho fundamental.<sup>72</sup>

### ***2.3.2. La libertad de circulación de trabajadores como soporte del derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública en el seno de la Unión Europea***

La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, proclamada en Niza en diciembre del año 2000, no contiene el derecho específico a acceder en condiciones de igualdad a la función pública profesional, aunque sí un derecho general de igualdad ante la ley y a no ser discriminado.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> J. MESEGUER YEBRA, “El Derecho fundamental del art. 23.2 CE al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas”, *Revista General de Derecho* n° 660, 1999, pág. 265: “Deducimos, pues, en el ámbito específico de este derecho fundamental, una especie de retroceso, una prudencia sobrevenida y difícilmente explicable de los Estados firmantes a respaldar lo que con tanto entusiasmo proclamaron y defendieron en 1948.”

<sup>73</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea:

Art. 20. “Todas las personas son iguales ante la ley”.

Art. 21.1 “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.”

Art. 21.2: “Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.

Ahora bien, este derecho puede considerarse amparado, en gran medida, por el derecho a la libre circulación de los trabajadores dentro de los países de la Unión. Así, el art. 15.2 de la Carta declara expresamente que “todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro.”

Si bien es cierto que el art. 48.4 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea excluye de dicha libertad a los empleos públicos, no es menos cierto que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha venido realizando una interpretación restrictiva de lo que hay que entender por empleos en la Administración Pública.<sup>74</sup>

Por ello, podemos afirmar que el derecho a la libre circulación de los trabajadores supone una garantía de no discriminación en el acceso a la función pública de los Estados miembros de la UE y, en este sentido, un reconocimiento indirecto del derecho a la igualdad en el acceso que gozan los nacionales en cada uno de los países miembros.

Pero, además, hay que tener en cuenta, que las distintas instituciones y organismos de la UE cuentan con unos empleados públicos propios seleccionados mediante procesos selectivos que deben respetar el derecho a la igualdad en el acceso. Es por ello que el Tribunal de Primera Instancia y, posteriormente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, resuelven litigios relativos a empleados públicos de la Unión. Cuestiones relacionadas con las pruebas selectivas o la promoción dentro de la función pública comunitaria son relativamente frecuentes y muestran que el derecho a la igualdad en el está también reconocido en el acceso a los empleos públicos de las instituciones y organismos europeos.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> Sobre este aspecto se profundizará más en el apartado relativo a la titularidad del derecho fundamental.”

<sup>75</sup> J. MESEGUER YEBRA, en “El Derecho fundamental del art. 23.2 CE al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas” op. cit., pág. 266 y ss., hace un análisis de la jurisprudencia comunitaria al respecto.

### **3. NATURALEZA DEL DERECHO**

De acuerdo con la dogmática alemana del doble carácter, los derechos fundamentales tienen una doble naturaleza: las normas que reconocen derechos fundamentales, de un lado, definen derechos subjetivos, y, de otro, contienen principios objetivos y, en ocasiones, además, garantías institucionales. Así, los derechos fundamentales responden a las necesidades básicas y fundamentales de los seres humanos, y para satisfacerlas atribuyen a los individuos un derecho subjetivo y, además, contienen un conjunto de mandatos objetivos dirigidos a los poderes públicos. En este sentido se habla de un contenido subjetivo y un contenido objetivo de los derechos fundamentales.

Nuestro TC ha reconocido esta doble naturaleza en varias sentencias, por primera vez en STC 25/1981, FJ 5º: "en primer lugar los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los ciudadanos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento jurídico objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución [...] Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales [...] se recoge en el art.10.1 de la CE".<sup>76</sup>

Por ello es imprescindible analizar esta doble naturaleza en el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas

---

<sup>76</sup> También, sobre el contenido subjetivo, STC 64/1988, FJ 1º; y, sobre el contenido objetivo, STC 21/1981, FJ 10º; STC 56/82, FJ 2º; STC 34/1983, FJ 3º; STC 1/1985, FJ 4º; STC 53/1985, FJ 4º; STC 34/1886, FJ 1º; STC 129/89, FJ 3º; STC 120/1990, FJ 4º.



pues, tanto en su dimensión objetiva, como en su contenido subjetivo, cada derecho fundamental presenta unos perfiles propios que lo hacen distinto al resto de los derechos fundamentales.

### **3.1. El derecho subjetivo a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas**

El art. 23.2 CE reconoce a los ciudadanos un “derecho subjetivo fundamental” a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas.

Un derecho subjetivo fundamental define la posición jurídica que una persona tiene en virtud de una norma constitucional, que es la que determina y garantiza dicha posición jurídica subjetiva. Lo que define al derecho subjetivo fundamental frente a los restantes derechos subjetivos es que vincula al legislador, por estar reconocido en la constitución. Es un derecho subjetivo con garantía reforzada (art. 53.1 CE).

La expresión “derecho subjetivo fundamental” se refiere a un concepto general en el que se entienden incluidas posiciones jurídicas muy diferentes, en función del tipo de derecho subjetivo y de sus características concretas.

Por ello, los distintos derechos subjetivos fundamentales son objeto de múltiples clasificaciones atendiendo a diferentes criterios. De acuerdo con alguno de estos criterios, las características que definen el derecho subjetivo fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas son esencialmente tres: derecho de participación, derecho de configuración legal y por último estamos ante un derecho no sustantivo de carácter reaccional.

#### **3.1.1. Derecho de participación**

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones

públicas contenido en el artículo 23.2 CE ha sido calificado por la doctrina como derecho político o derecho de participación.

Así, por ejemplo, DIEZ PICAZO integra los derechos contenidos en el artículo 23.2 CE dentro de la categoría de derechos políticos<sup>77</sup>, que define como aquellos “que tienen por finalidad proteger la participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos, y en consecuencia, están más inmediatamente relacionados con el funcionamiento de las instituciones democráticas.”

Otros autores<sup>78</sup> prefieren utilizar la expresión derechos de participación para designar aquella categoría de derechos que hacen de sus titulares sujetos activos en la formación de la voluntad estatal.

Otro sector doctrinal critica, sin embargo, que el acceso a la función pública pueda ser entendido como un medio de participación política de los ciudadanos y, en ese sentido, GARCÍA ROCA<sup>79</sup> sostiene que tal encuadramiento no puede sostenerse sin caer en un exceso en la construcción de la idea de participación política.

Como hemos visto anteriormente, uno de los fundamentos del derecho consagrado en el artículo 23.2 CE es impedir que el ejercicio de las funciones públicas quede reservado en favor de unos pocos, como sucedía durante el Antiguo Régimen, y evitar así que la gestión de los asuntos públicos esté vedada a una parte importante de la ciudadanía.

Por ello es indudable que, independientemente de discusiones terminológicas o doctrinales, como señala el Alto Tribunal en la STC

---

<sup>77</sup> L.M. DIEZ PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit. en nº 5, pág. 337. Igualmente califican de derecho político el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas G. PECES BARBA en su obra *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid: Dyckinson, 2004, pág. 284 y A. PÉREZ LUÑO, en *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 2007, pág. 181; J.A. MONTILLA MARTOS, “Los derechos de reunión, asociación, participación y petición”, en VV.AA. *Manual de Derecho Constitucional vol. II*, 3ª ed. Balaguer Callejón F. (coord.), Madrid: Tecnos, 2008, pág. 248.

<sup>78</sup> Entre otros E. ALVAREZ CONDE, en *Curso de Derecho Constitucional, vol. I*, Madrid: Tecnos, 1992, pág. 354 y PRIETO SANCHIS, en *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Madrid: Debate, 1990, pág. 134.

<sup>79</sup> J. GARCÍA ROCA, *Cargos públicos representativos. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución*, Pamplona: Aranzadi, 1999, pág. 30.

71/1989, a través del derecho a acceder en condiciones de igualdad a puestos funcionariales “se despliega un aspecto de la participación de los ciudadanos en las instituciones públicas.”<sup>80</sup>

Dentro de la categoría de los “derechos de participación”, se incluyen, por tanto, los derechos<sup>81</sup> que están principalmente al servicio del correcto funcionamiento de las instituciones democráticas, pues, los derechos de participación tienen por finalidad “el control de los gobernantes por los gobernados, la interiorización del poder en la sociedad, la libre disposición del poder por quienes son a la vez sus destinatarios, la eliminación de poderes extraños o alienantes que intentan justificarse, siempre, en valores abstractos transpersonales y no en la voluntad de los gobernantes.”<sup>82</sup>

### **3.1.2. Derecho no sustantivo de carácter reaccional**

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas es un derecho de naturaleza no sustantiva, tal y como ha venido reconociendo reiteradamente la jurisprudencia del Alto Tribunal<sup>83</sup>. El artículo 23.2 CE “no confiere derecho sustantivo alguno a

---

<sup>80</sup> STC 71/1989, de 20 de abril, F.J. 3

<sup>81</sup> Según PRIETO SANCHIS, en *Estudios sobre Derechos Fundamentales* op. cit., pág.135, en esta categoría de derechos de participación se incluyen los siguientes derechos reconocidos en la Constitución: el derecho de los grupos sociales y políticos significativos al acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público (art. 20.3); derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes (art. 23.2); derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2); derecho de toda persona a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos (art. 24.1); derecho de los profesores, padres y alumnos a intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos (art. 27.7); derecho de petición individual y colectiva (art. 29); derecho a defender a España (art. 30.1); derecho a la negociación colectiva (art. 37); derecho de las organizaciones de consumidores y usuarios a ser oídas en las cuestiones que les puedan afectar (art. 51.2).

<sup>82</sup> <sup>82</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid: Civitas, 1985, pág. 57.

<sup>83</sup> Vid. SSTC 50/1986, de 23 de abril, F.J 4, 353/1993, de 29 de noviembre, F.J 6º y 73/1998, de 31 de marzo, F.J 3º.

la ocupación de cargos ni a desempeñar funciones determinadas, sino que garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio”<sup>84</sup>.

Como señala PULIDO QUECEDO<sup>85</sup>, con la expresión derecho no sustantivo se quiere señalar que la Norma Fundamental no constitucionaliza un régimen jurídico uniforme en el acceso a las funciones públicas, sino que tal sustantividad debe buscarse en la normativa reguladora de la función pública en cuestión. Ello no puede ser de otra forma, pues dada la diversidad existente en el ámbito de la función pública, no resulta posible establecer una regulación uniforme en cuanto a los requisitos y procedimientos de acceso, sino que parece absolutamente imprescindible acudir a la regulación sustantiva de la normativa aplicable en cada ámbito específico de la función pública. De ahí el inciso final “con los requisitos que señalen las leyes” del artículo 23.2 de la Constitución.

Igualmente la doctrina ha reiterado el carácter no sustantivo de este derecho<sup>86</sup>, pues nadie tiene por sí mismo el derecho a desempeñar una determinada función pública en la Administración, sino simplemente a participar, y sólo cuando cumpla los requisitos fijados en la Ley, en los correspondientes procesos selectivos. En palabras del Tribunal, el artículo 23.2 CE no confiere “ni siquiera el derecho a

---

<sup>84</sup> STC 353/1993, de 29 de noviembre, F.J 6º

<sup>85</sup> M. PULIDO QUECEDO, "Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas (Comentario a la STC 47/1990, de 20 de marzo", *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 30, 1990, págs. 173 y ss.

<sup>86</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN, *Comentarios a la leyes políticas...* cit. en nº 6, pág. 676: “Lo que el artículo 23.2 garantiza no es directamente una situación jurídica activa, es decir, la capacidad o el derecho a ser candidato a un cargo o función pública y menos aún el derecho efectivo a acceder a él y ocuparlo. Estas capacidades y derechos subjetivos están definidos por la ley, a la que el artículo 23.2 se remite. Es la ley la que determina los requisitos para la accesibilidad o para candidarse a un cargo o función, así como los procedimientos y condiciones que permiten determinar en cada caso quien o quienes tienen el derecho subjetivo a acceder u ocuparlo efectivamente. Lo que la Constitución garantiza en el artículo 23.2 es la igualdad de oportunidades de todos al respecto.”

proponerse como candidato.”<sup>87</sup> Por ello hay que diferenciar claramente el interés legítimo o la mera expectativa de acceso que confiere el artículo 23.2 CE del acceso efectivo al que sólo tendrá derecho aquel que, cumpliendo los requisitos exigidos en la ley, supere las correspondientes pruebas selectivas.

En consecuencia, lo que realmente otorga el artículo 23.2 CE a sus titulares es la posibilidad de impugnar ante la jurisdicción ordinaria y en última instancia ante el Tribunal Constitucional toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad en el acceso a la función pública.

A este tipo de derechos subjetivos se refiere la doctrina<sup>88</sup> como derecho reaccionales o impugnatorios, en los cuales el Estado de Derecho apodera al administrado con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de una actuación administrativa ilegal que le perturba en su esfera vital de intereses, y al restablecimiento en la integridad de esos intereses.<sup>89</sup>

El Tribunal Constitucional ha aplicado en diversas ocasiones esta categoría doctrinal de derecho reaccional al derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas<sup>90</sup>. Así, en la STC 50/1986<sup>91</sup>, se establece que “lo que, como concreción del principio general de igualdad, otorga el art. 23.2 a todos los españoles es un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria, y en último término ante este Tribunal, toda norma o toda aplicación concreta de una norma, que quiebre la igualdad.”

---

<sup>87</sup> Ver SSTC 138/2000, de 29 de mayo, F.J. 6º y 107/2003, de 2 de junio, F.J. 4º.

<sup>88</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo vol. II*, op. cit. pág. 53.

<sup>89</sup> En relación al carácter reaccional del derecho contenido en el art. 23.2 CE, ver J. GARCÍA ROCA, *Cargos públicos representativos...*op. cit. pág. 350 y ss.

<sup>90</sup> Además de la STC 50/1986, de 23 de abril citada, ver las SSTC 185/1994, de 20 de junio, F.J. 3.

<sup>91</sup> STC 50/1986, de 23 de abril, F.J. 4.

Otros autores encuadran sin embargo este derecho fundamental en la categoría de derechos de protección. Así BAÑO LEÓN<sup>92</sup>, siguiendo la doctrina alemana, ha caracterizado este tipo de derechos como de protección o defensa, lo que conlleva un deber de los poderes públicos de actuar de un determinado modo, en este caso abstenerse de trato discriminatorio, y el derecho del individuo de reaccionar, mediante la correspondiente acción impugnatoria, contra la infracción de ese deber.

En resumen, tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional coinciden en señalar que el artículo 23.2 CE contiene un derecho no sustantivo, pues no confiere el derecho a ocupar una determinada función pública ni siquiera a proponerse como candidato a ella, sino un derecho puramente reaccional, esto es, que otorga a sus titulares la posibilidad de impugnar ante la jurisdicción ordinaria y en última instancia ante el Tribunal Constitucional toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad en el acceso a la función pública.

### **3.1.3. Derecho de configuración legal**

Desde otra perspectiva, el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública es un derecho de configuración legal, como así ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> J.M. BAÑO LEON, “La Igualdad como derecho público subjetivo”, cit. en nº 4, pág. 186: “El derecho a la igualdad en la Sentencia últimamente citada (STC 76/1983, de 5 de agosto) aparece, pues, como un típico derecho de protección (lo que la doctrina alemana conoce como *Abwehrrechte*); cuando los poderes públicos imponen medidas discriminatorias a los ciudadanos, la Constitución les otorga el derecho de protegerse contra esa discriminación.”

<sup>93</sup> “...Siendo conveniente recordar al respecto que el art. 23.2 CE, invocado en este proceso reconoce un derecho de configuración legal” (STC 185/1994, de 20 de junio, F.J 3º). Otros ejemplos de reconocimiento del art. 23.2 CE como derecho de configuración legal los encontramos, entre otras, en las SSTC 115/1996, de 25 de junio, F.J 4º, 10/1998, de 13 de enero, F.J 4º y 73/1998, de 31 de marzo, F.J 3º.

Con este término parece que se designa una categoría de derechos que, para alcanzar plena efectividad, están necesitados de la actividad del legislador a la hora de determinar su contenido.<sup>94</sup>

Podría argumentarse que esto no supone nada especialmente nuevo, ya que muchos derechos fundamentales requieren, en mayor o menor medida, de algún tipo de desarrollo legislativo. Sin embargo, lo que caracteriza a este tipo de derechos es que la intervención legislativa es absolutamente imprescindible para la eficacia del derecho fundamental. La propia naturaleza de estos derechos hace que no puedan siquiera concebirse sin una previa legislación.

En palabras del propio Tribunal Constitucional “su existencia solo cobra sentido en relación con el procedimiento que normativamente se hubiese establecido para acceder a determinados cargos públicos.”<sup>95</sup>

El derecho a la huelga o la libertad de expresión, por ejemplo, tienen un contenido autónomo que permite su ejercicio por los ciudadanos, con independencia de que previamente haya sido regulado o no. Sin embargo la igualdad en el acceso a la función pública no es ni siquiera “pensable”<sup>96</sup> sin unas normas que regulen los requisitos de acceso, o las pruebas y procedimientos selectivos. Sin ellos el derecho fundamental operaría en el vacío. Así lo recalca la propia Constitución con la expresión “*con los requisitos que señalen las leyes*” con que finaliza el artículo 23.2 CE.

La diferencia con otros derechos fundamentales estriba en que, en el caso de los derechos de configuración legal, la Constitución establece

---

<sup>94</sup> L.M. DIEZ PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit. en nº 5, pág. 114, se refiere a los derechos de configuración legal como aquellos que “están necesitados de un complemento legislativo que termine de diseñar su contenido y, por consiguiente, les permita alcanzar plena efectividad.” Por su parte J. JIMÉNEZ CAMPO, en *Derechos fundamentales y jurisdicción*, Madrid: Trotta, 1999, pág 43, señala que los derechos de configuración legal surgen sólo como realidad práctica y actual de “la convergencia y conexión entre el enunciado abstracto de la Constitución y la ordenación legal de los procedimientos y condiciones que delimitan el derecho.”

<sup>95</sup> SSTC 10/1998, de 13 de enero F.J. 4º y 23/1998, de 27 de enero, F.J. 3º.

<sup>96</sup> L.M. DIEZ PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit. en nº 5, pág. 115.

un mínimo contenido<sup>97</sup>, lo que ha llevado a DIEZ PICAZO a afirmar que esta expresión “no designa una diferencia de calidad, sino únicamente de cantidad”<sup>98</sup>. Es decir, que los derechos de configuración legal estarían más necesitados de desarrollo legislativo que los que no lo son.

Ahora bien, a pesar de este fuerte apoderamiento que la Constitución le otorga para delimitar el contenido de este derecho, el legislador no es completamente libre para ello, pues en su regulación ha de respetar ese contenido constitucional mínimo, ese núcleo esencial indisponible del derecho. Como se ha encargado de recordar el Alto Tribunal, en su labor de intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal debe revisar si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo *secundum constitutionem*, ya que de no ser así estos derechos de configuración legal quedarían degradados al plano de la legalidad ordinaria.<sup>99</sup>

En consecuencia, en los derechos de configuración legal, junto a ese contenido mínimo propiamente constitucional, existe un contenido derivado de la regulación legislativa del derecho. Siguiendo al propio Tribunal Constitucional, para enjuiciar si la ley respeta o no el derecho fundamental, el único criterio es la Constitución; pero para apreciar si la Administración respeta o no ese mismo derecho fundamental, el criterio viene dado por el conjunto que forman la norma constitucional más normas legales de desarrollo.<sup>100</sup> En este tipo de derechos se

---

<sup>97</sup> I. VILLAVARDE MENÉNDEZ, “Derecho al rango y derechos de configuración legal”, en VV.AA., *Teoría General de los Derechos Fundamentales, en la Constitución de 1978*, Madrid: Tecnos, 2004, pág. 160: “Aparentemente la diferencia estriba en que, mientras unos derechos fundamentales tienen todo su contenido, objeto y límites abstractamente definido en el precepto constitucional que los contiene y el legislador sólo puede concretar lo que ya está en la Constitución, en los de configuración legal, sin embargo, la Constitución sólo establece un mínimo contenido del derecho a partir del cual el legislador puede (o debe, según el caso) definir su diseño final.”

<sup>98</sup> L.M. DIEZ PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit. en nº 5, pág. 115.

<sup>99</sup> Sobre el riesgo de la “degradación normativa” de los derechos de configuración legal advirtió J.J. SOLOZABAL ECHEVARRÍA, en “Sobre la jurisprudencia constitucional en materia electoral” *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 30, 1990, pág. 143.

<sup>100</sup> En relación a la libertad sindical la STC 61/1989, de 3 de abril señaló en su F.J. 2: “No puede servir de argumento el sentido literal del art. 28.1 de la Constitución, pues, como ha dicho la STC 23/1986, por muy detallado y concreto que parezca su



produce, pues, un desdoblamiento de las normas de referencia para enjuiciar su constitucionalidad.<sup>101</sup>

Todo ello plantea problemas que han sido puestos de relieve por la doctrina que ha estudiado esta categoría de derechos. Así, la cuestión fundamental radica en determinar cuál es ese contenido mínimo constitucional, ese núcleo duro del derecho indisponible para el legislador ordinario. Se trata, pues, de deslindar la frontera entre el contenido del derecho fundamental determinado en el precepto constitucional, y el contenido del derecho creado por la ley. La doctrina ha coincidido en señalar que ese contenido mínimo viene determinado por el contenido esencial del derecho<sup>102</sup>. Este carácter de derechos de configuración legal no puede obviar que el legislador, al regular el

---

enunciado, no puede considerarse como exhaustiva o limitativa la enumeración de derechos que contiene. Además no ha de confundirse el ámbito del contenido esencial del derecho, límite que se impone a la actividad del legislador (art. 53.1 de la Constitución), con el ámbito de protección en amparo del derecho fundamental (art. 53.2 de la Constitución) que incluye el efectivo goce del derecho en el marco de su regulación legal, la cual puede, respetando ese contenido esencial, y dentro del margen de elección política, regular de forma más amplia o restrictiva los derechos o medios instrumentales que faciliten al Sindicato y a sus afiliados el ejercicio de la actividad sindical de la Empresa. La consagración legislativa de tales derechos trae consigo que los mismos vengán a integrarse dentro del propio contenido del derecho fundamental (STC 9/1988). Por eso ha afirmado la STC 51/1988 que el reconocimiento o creación legal de un medio de acción sindical «adicional a los mínimos indispensables» significa que los actos contrarios a esos derechos o facultades adicionales puedan calificarse como vulneradores del derecho fundamental, pues el derecho fundamental se integra no sólo por su contenido esencial, sino también por esos derechos o facultades que haya reconocido el legislador.

<sup>101</sup> Así lo expone J.L. REQUEJO PAGES en su estudio sobre los derechos de configuración legal en la obra colectiva *Enciclopedia jurídica básica Vol. II* (Dir. A. MONTOYA MELGAR), Madrid: Civitas, 1995, pág 2385: “Por el contrario, en el caso de los derechos de configuración legal el contenido encomendado desde la Constitución al legislador (STC 225/1992, de 14 de diciembre) no se agota en la función de arbitrar los medios precisos para la ordenación de la conducta en que el derecho consiste..., sino que alcanza a la tarea de definir el contenido mismo del derecho. Contenido que se integra así, además de por el núcleo esencial indisponible (art. 53 CE), por el legislativamente configurado.”

<sup>102</sup> J. JIMÉNEZ CAMPO, “Art. 53 CE” en VV.AA. *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Vol II*, (O. ALZAGA VILLAAMIL Dir.), Madrid: Edersa, 1997, pág. 463: “Casi ocioso es advertir que la libertad del legislador que configura estos derechos (de configuración legal) no es absoluta, limitada como está por el respeto al contenido esencial del derecho.” En similares términos se expresa I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, en *Teoría General de los Derechos Fundamentales* op. cit. pág. 161.

ejercicio del derecho, no puede traspasar el límite del *contenido esencial*<sup>103</sup> del mismo, tal y como prescribe el art. 53.1 CE.

Ahora bien, la delimitación de este contenido esencial, que corresponde, como no puede ser de otra manera, al Tribunal Constitucional, es ciertamente difusa y comporta un cierto grado de discrecionalidad. De ahí la gran importancia de la jurisprudencia constitucional relativa al artículo 23.2 CE dirigida a dar respuesta a este interrogante. Como veremos más adelante, al tratar el contenido esencial del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, una interpretación restrictiva del contenido esencial de este tipo de derecho podría suponer su degradación al plano de la legalidad ordinaria y, por ende, su exclusión del control del amparo constitucional.

Por todo ello GARCÍA ROCA ha calificado la caracterización del derecho fundamental del art. 23.2 como derecho de configuración legal de *peligrosa*<sup>104</sup> porque, a juicio de este autor, puede autorizar un vaciamiento legal del derecho fundamental, al producirse un solapamiento entre su impreciso contenido esencial y el contenido adicional a disposición del legislador.

### **3.2. El contenido objetivo del derecho fundamental**

El contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales surge al reconocer que éstos contienen principios objetivos de aplicabilidad

---

<sup>103</sup> Siguiendo a A. PÉREZ LUÑO, en *Los derechos fundamentales*, cit. en nº 77, pág. 77 “El Tribunal Constitucional ha distinguido dos acepciones de noción de contenido esencial. La primera equivale a la *naturaleza jurídica de cada derecho*, que se considera preexistente al momento legislativo; en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de este tipo abstracto en la legislación concreta, de forma que los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo; la segunda corresponde a *los intereses jurídicamente protegidos*, en el sentido de que se lesionaría el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.”

<sup>104</sup> J. GARCÍA ROCA, *Cargos públicos representativos...*, cit. en nº 79, pág. 187.

inmediata que vinculan directamente al legislador y que, de este modo, confieren al derecho fundamental un contenido nuevo y distinto.<sup>105</sup>

Las principales consecuencias que derivan de dicho carácter son, en primer lugar, su eficacia irradiante. Esta eficacia consiste en que los derechos fundamentales, como un orden objetivo de valores/principios, producen un efecto de irradiación en todos los ámbitos del Derecho que quedan así, en cierto modo, constitucionalmente conformados. En el caso del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, esta eficacia despliega sus efectos en el ámbito de las relaciones entre los ciudadanos que aspiran a acceder a una determinada función pública y la Administración Pública que ha de seleccionarlos.

Por otro lado, los principios objetivos que contienen las normas sobre derechos poseen un contenido normativo que exige ser realizado y protegido. De este modo, de los derechos fundamentales deriva un mandato al legislador, aunque no sólo a él, sino a todos los poderes del Estado, de realizar y proteger el contenido jurídico-objetivo del derecho. En relación al derecho consagrado en el art. 23.2 CE, el legislador debe establecer los requisitos para acceder a la función pública, garantizando la igualdad en el acceso de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.<sup>106</sup>

Por último, la existencia del derecho fundamental no sólo requiere normas de contenido, sino también normas de organización y de procedimiento que lo desarrollen. Este tipo de normas son el instrumento más adecuado para asegurar la realización de los derechos y, en ocasiones, son incluso *conditio sine qua non* del ejercicio del mismo. En este sentido, interesa distinguir entre los verdaderos derechos de

---

<sup>105</sup> Para un análisis del contenido objetivo de los derechos fundamentales ver M. SALVADOR MARTÍNEZ “Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales” en *Derechos Constitucionales y formas políticas* (M.A. APARICIO PÉREZ Coord.), Barcelona: CEDECS, 2001, págs. 199 a 219.

<sup>106</sup> STC 48/1998, de 2 de marzo, F.J. 7.a): “la reserva de ley y el principio de legalidad entrañan una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuales hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública, de conformidad con los indicados principios constitucionales.”

organización o procedimiento, es decir, aquellos que protegen un derecho subjetivo a exigir una determinada organización o un determinado procedimiento de los poderes públicos (la tutela judicial efectiva); y, por otro lado, los derechos que sin ser derechos de organización, dependen de disposiciones de este tipo para poder llegar a ser reales y efectivos (el acceso a la función pública, la objeción de conciencia, el derecho de participación...). En el primer caso el elemento de organización se encuentra en el contenido subjetivo del derecho, mientras que en el segundo caso "la organización" forma parte del contenido jurídico-objetivo de éste.

#### **4. TITULARES**

La titularidad del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, plantea algunos interrogantes que es preciso despejar.

##### **4.1. El binomio ciudadanos/españoles como titulares del derecho**

La titularidad del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, plantea algunos interrogantes que es preciso despejar.

La primera cuestión, un tanto sorprendente, es que la redacción del artículo 23.2 CE carece de un sujeto expreso. La literalidad del precepto establece que "asimismo tienen derecho a acceder...", sin precisar quiénes son titulares del derecho. Resulta obvio que, como señala GARCÍA ROCA<sup>107</sup>, una interpretación conjunta de este

---

<sup>107</sup> J. GARCÍA ROCA, *Cargos públicos representativos...*, cit. en nº 79, pág. 29: "La falta de un sujeto expreso en este enunciado constitucional, un verdadero titular del derecho fundamental, que se ve sustituido por el adverbio asimismo, nos lleva rápidamente a leer el apartado 1º del mismo artículo 23. El resultado que se alcanza con una simple lectura conjunta del precepto se verá luego corroborado por una interpretación teleológica o finalista: ambos apartados del artículo 23 se encuentran conceptualmente en una síntesis difícilmente escindible, a no ser que la disociación se haga con un afán meramente expositivo."

enunciado con lo dispuesto en el artículo 23.1 CE atribuye la titularidad del derecho a los ciudadanos.<sup>108</sup>

Ahora bien, la Constitución aborda también la titularidad de este derecho fundamental en el artículo 13.2 cuando dispone que “solamente *los españoles* serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.”<sup>109</sup>

Surgen así algunas cuestiones que es preciso aclarar en relación al concepto de ciudadanos y especialmente a su identificación con la nacionalidad española.

La utilización del término ciudadano se haya firmemente vinculada, en la tradición del constitucionalismo, a los derechos políticos o de participación. Por ello podemos afirmar, en primer lugar, que con este término se identifica a personas físicas a las que las leyes reconocen la capacidad de participar en los asuntos públicos.<sup>110</sup>

Se excluye, pues, de la titularidad de este derecho a las personas jurídicas, siendo unánime la doctrina en ese sentido.<sup>111</sup> Cuestión

---

<sup>108</sup> Art. 23.1 CE: “Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.”

<sup>109</sup> J. GARCÍA TORRES y J.L. REQUEJO PAGES, “El derecho de acceso a los cargos públicos” en VV.AA, *Temas básicos de derecho constitucional, Vol. III*, (M. ARAGÓN REYES coord.), Madrid: Civitas, 2001: “La capacidad para gozar de este derecho fundamental, perteneciente al *status activae civitatis*, se rige por el art. 13.2 CE (texto reformado el 27-8-92 como consecuencia de la declaración del TC de 1-7-92)”. Igualmente A. SÁNCHEZ BLANCO, “Los derechos de participación, representación y de acceso a funciones y cargos públicos; la corrección de la unilateral perspectiva política”, *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 46, 1985, pág. 208.

<sup>110</sup> Según L.M. DIEZ PICAZO, en *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit. En n° 3, pág. 340, “ciudadano es casi, por definición, quien puede participar en la gestión de los asuntos públicos”.

<sup>111</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN en *Comentarios a la Constitución*, cit. en n° 1, pág. 671: “No porque las personas jurídicas no puedan ser titulares de derechos fundamentales, que si pueden serlo de algunos de ellos, sino porque el artículo 23.2 considera como sujetos del derecho que proclama a los ciudadanos, es decir, a personas físicas.”

Igualmente, J. GARCIA TORRES “Derecho de acceso a los cargos públicos” en VV.AA. *Enciclopedia jurídica básica Vol. II* (Dir. A. MONTOYA MELGAR), Madrid: Civitas, 1995, pág. 2209 señala que “No parecen gozar del derecho reconocido en el art. 23.2

distinta es que, por ejemplo, los sindicatos o las asociaciones de funcionarios, puedan tener un interés legítimo ante una vulneración del derecho que el artículo 23.2 CE reconoce a sus afiliados. En tales casos, y así lo reconocen la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, podrían tener legitimación activa para interponer los recursos o acciones destinadas a restablecer el derecho fundamental vulnerado.<sup>112</sup> Ahora bien, no debe confundirse la legitimación activa con la titularidad del derecho fundamental de la que están claramente excluidos.

Pero donde pueden surgir algunas dudas es en relación a la exigencia de la nacionalidad española para ostentar la condición de ciudadano. En principio, y así lo atestigua abundante literatura al respecto<sup>113</sup>, el concepto de ciudadano implicaba la nacionalidad española, de tal suerte que los extranjeros estarían excluidos de la participación en los asuntos públicos.

---

CE las personas jurídicas; así las SSTC 53/1982, de 22 de julio, 23/1983, de 25 de marzo, y 217/1988, de 21 de noviembre, declaran que el derecho del artículo 23.2 CE se reconoce a los ciudadanos y no a los sindicatos.”

<sup>112</sup> A este respecto es ilustrativo el trabajo de G. FERNÁNDEZ FERRERES, “Régimen jurídico de la Función Pública y jurisprudencia constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 12, 1992, pág. 85 y ss. En su estudio se cometa la STC 47/1990, de 20 de marzo, en la que frente a la alegación del Ministerio Fiscal, que pretendía negar a la Asociación de Profesores de Religión de Centros estatales legitimación activa, al identificar interés legítimo con titularidad del derecho afirma claramente lo siguiente: “...no puede confundirse este concepto de interés legítimo con el más restrictivo de titularidad personal de derecho fundamental o libertad pública, cuyo amparo se pide ante este Tribunal. El interés legítimo a que alude el artículo 161.1 b) de la Constitución es un concepto más amplio que el de interés directo, según declaramos en la STC 60/1982 y, por tanto, de mayor alcance que el de derecho subjetivo afectado o conculcado por el acto o disposición objeto del recurso.”

Este asunto también es abordado en profundidad por PULIDO QUECEDO en “Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas” cit. en nº 85, pág. 168 y ss.

<sup>113</sup> Según L. CASTÁN TOBEÑAS, en *Derecho Civil Español, Común y Foral, tomo I, vol II*, Madrid; Reus, 1984, págs. 269 y 270, “En este sentido, se acostumbra emplear la expresión nacionalidad como sinónima de ciudadanía. Pero no faltan autores que restringen el significado de esta última expresión, defiriéndolo a la condición de ser miembro activo del Estado, caracterizada por la participación en los derechos políticos. En este sentido estricto la ciudadanía tiene un concepto más específico que la nacionalidad: el ciudadano es siempre nacional; el nacional no siempre es ciudadano.”

Sin embargo esta concepción ha sido ya superada, especialmente tras la reforma constitucional de 1992 en la que se modificó la redacción del artículo 13.2 CE para añadir la expresión “y pasivo” que permitiera a los nacionales de países de la Unión Europea residentes en España ser, no solo electores, sino también elegibles en las elecciones municipales, de acuerdo con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Para aclarar ésta y otras cuestiones derivadas de la compatibilidad o no de nuestra Constitución con los tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea, el Tribunal Constitucional fue interpelado, por la vía preventiva del art. 95.2 CE. Mediante la declaración de 1 de julio de 1992, el Alto Tribunal dejó claro que no existe incompatibilidad alguna entre el art. 23 CE y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Según esta declaración, ciudadanos pueden ser tanto los españoles como aquellos nacionales de otros países a quienes, por ley o por tratado, se otorguen derechos políticos en España<sup>114</sup>. De esta manera, como señala DIEZ PICAZO<sup>115</sup>, se produce una disociación entre ciudadanía y nacionalidad, categorías que había venido fundiéndose en una sola, y la ciudadanía tiende a recuperar su sentido original de capacidad de participación en la gestión de los asuntos públicos.

Se da, pues, la paradoja de que la titularidad del derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública viene atribuida en la Constitución indistintamente a los ciudadanos y a los españoles, sin que, como acabamos de ver, ambas categorías puedan entenderse coincidentes.

---

<sup>114</sup> Declaración núm. 132/1992, de 1 de julio F.J 3º: “Dicha previsión, junto a todas las demás contenidas en los distintos apartados del propio art. 8, viene a configurar una naciente ciudadanía europea que, sin abolir las distintas nacionalidades de los ciudadanos de los estados signatarios del TUE, supone una parcial superación del tradicional binomio nacional/extranjero por vía de la creación de aquel tercer status común”.

<sup>115</sup> L.M. DIEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit. en nº 5, pág. 341.

Esta aparente descoordinación entre los artículos 23 y 13.2 CE, en lo relativo a la titularidad del derecho, es una muestra de lo que PECES BARBA<sup>116</sup> ha denominado como “infracción de la directiva lingüística de la uniformidad terminológica”, que se refleja en la diversidad de términos que el Título I de la Constitución emplea para referirse a los titulares de los derechos fundamentales.<sup>117</sup>

#### **4.2. El problema de los ciudadanos extranjeros como titulares del derecho**

Una vez aclarada la diferencia entre los conceptos de ciudadanía y nacionalidad, la controversia radica en determinar si la titularidad del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas está únicamente reservada a los españoles, como dispone el artículo 13.2 CE, o si, amparada por el término ciudadanos del artículo 23.2, puede extenderse a nacionales de otros países.

La entrada de España en la Comunidad Económica Europea supuso añadir una mayor confusión a esta cuestión, pues desde el 1 de enero de 1992, se aplicó en España la libre circulación de trabajadores estipulada en el artículo 39 (antiguo 48) del tratado Constitutivo de la Unión Europea<sup>118</sup>. Si bien es cierto que el apartado 4º del Art. 39 del

---

<sup>116</sup> G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Génesis de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución de 1978”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* nº 6, 1989, pág. 36.

<sup>117</sup> Esta ausencia de uniformidad lingüística en la determinación de los titulares de los derechos fundamentales fue puesta también de manifiesto por E. FOSSAS ESPADALER, en *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Madrid: Tecnos, 1993, pág. 83 y ss.

<sup>118</sup> Art. 39 TCUE: “1. Quedará asegurada la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:



TCUE excluía de la libre circulación de trabajadores a los empleos en la Administración Pública, reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>119</sup> ha consagrado una interpretación restrictiva de lo que hay que entender por empleos en la Administración pública, constringiéndolo a aquellos que supusieran una participación directa o indirecta en el poder público, o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado. En consecuencia, salvo excepciones, la regla general es la posibilidad de acceder a las funciones públicas de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, lo que plantea un problema de interpretación de los artículos 13.2 y 23 de nuestra Constitución.

Prueba de la existencia de un cierto grado de confusión en esta materia es que no existe unanimidad en la doctrina que ha abordado el problema de la titularidad de este derecho fundamental por los nacionales de otros países.

Así el profesor SÁNCHEZ MORÓN sostiene que el artículo 13.2 CE no permite considerar a los extranjeros amparados por el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE. Según su opinión un eventual trato desigual entre ciudadanos comunitarios y españoles en el acceso a la función pública será una cuestión de mera *legalidad*

- 
- a. De responder a ofertas efectivas de trabajo;
  - b. De desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;
  - c. De residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicable al empleo de los trabajadores nacionales;
  - d. De permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión.

4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la Administración Pública.”

<sup>119</sup> Entre otras, SSTJUE 17 de diciembre de 1980 (Comisión contra el Reino de Bélgica) y 3 de junio de 1986 (Comisión contra la República Francesa).

*ordinaria* pero sin trascendencia a efectos de lo dispuesto en el artículo 23.2 CE.<sup>120</sup>

En similares términos se manifiesta BALADIEZ ROJO al sostener que, si bien los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea pueden acceder con carácter general al empleo público como funcionarios, no están amparados por el artículo 23.2 CE. Según su postura “las desigualdades que puedan padecer en el acceso a estas funciones públicas no podrán ser tuteladas en virtud del derecho previsto en el artículo 23.2 CE, del que no son titulares, por lo que frente a estas desigualdades tendrán únicamente la genérica garantía de igualdad que consagra el artículo 14 CE.”<sup>121</sup>

Sin embargo el profesor DIEZ PICAZO defiende una postura contraria al sostener que los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea son titulares del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas. Según su postura, la condición de ciudadano de la Unión Europea es relevante, a efectos del art. 23 CE, a causa de la libertad de circulación de los trabajadores. En sus propias palabras “ello significa que un nacional de otro Estado miembro que se vea discriminado en el acceso a un cargo funcional español que no implique ejercicio de poder público no solo podrá invocar el derecho comunitario, sino también el artículo 23.2 CE; es decir, será titular en España del derecho fundamental al acceso a las funciones y cargos públicos.”<sup>122</sup>

A nuestro juicio y, de acuerdo con la primera de las posiciones doctrinales, entendemos que la literalidad del artículo 13.2 de la Constitución no permite otra interpretación que la de reservar la titularidad del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas a los ciudadanos españoles. Se da pues la paradoja

---

<sup>120</sup> SÁNCHEZ MORÓN *Comentarios a la Constitución*, cit. en nº 1, pág. 671.

<sup>121</sup> M. BALADIEZ ROJO, “Art. 23.2” en VV.AA. *Comentarios a la Constitución* (Dir M<sup>a</sup> Emilia Casas), Fundación Wolters Kluver, 2009, pág. 578.

<sup>122</sup> L.M. DIEZ PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit. en nº 5, pág. 342.

de que los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder con carácter general a las funciones públicas y sin embargo no estarán amparados por el artículo 23.2 CE, por lo que no podrán alegar la infracción de este precepto constitucional para acudir en amparo ante nuestro Tribunal Constitucional. En suma, es la redacción del artículo 13.2 CE la que excluye a los no españoles de la titularidad del derecho y no el artículo 23.2 CE, bajo cuya expresión “ciudadanos”, como hemos visto, si podrían quedar acogidos los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.

#### **4.3. El acceso a la función pública de nacionales de otros estados**

A la vista de los argumentos esgrimidos en el apartado anterior, es necesario deslindar la cuestión del acceso a la función pública española de los nacionales de otros estados del problema de la titularidad del derecho reconocido en el art. 23.2 CE.

Respecto a la primera de las cuestiones queda claro, pues, que en aplicación de la libre circulación de trabajadores consagrada en el Tratado Constitutivo de la Unión Europea, los nacionales de los países miembros pueden acceder a las funciones públicas en España. Así lo reconoce expresamente la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, cuando en su art. 37.1 establece que: “los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones públicas.” Lo mismo sería aplicable a nacionales de terceros países a los que se les reconociera por Tratado Internacional este derecho.

Sin embargo, respecto a la titularidad del derecho consagrado en el art. 23.2, CE, esta sólo queda reservada para los ciudadanos españoles,

pues la literalidad del art. 13.2 no deja lugar a dudas cuando señala que “sólo los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23.”

Por ello si un ciudadano de la Unión Europea viera quebrantado su derecho a la igualdad en un determinado proceso selectivo, no podría alegar ante el Alto Tribunal la vulneración del derecho establecido en el art. 23.2 del que no es titular, sino que tendría que acogerse a la genérica garantía de igualdad que formula el art. 14 CE. Recordemos que en relación al derecho a la igualdad del art. 14 CE el Tribunal Constitucional ha afirmado que “la exclusión de los extranjeros debe entenderse referida sólo al derecho a la igualdad en la ley y con la importante salvedad de que algunos derechos fundamentales no toleran, en razón del bien protegido, que la extranjería pueda ser considerada como elemento de diferenciación”,<sup>123</sup> y que una vez exista un tratado o ley que reconozca a un extranjero la titularidad de un determinado derecho en condiciones de igualdad con los nacionales, éste no podrá sufrir discriminación en el ejercicio del mismo.<sup>124</sup> Se trata pues de una cuestión más de carácter formal que con efectos prácticos, pero que refleja de manera clara una cierta contradicción entre los art. 13.2 y 23 CE en relación a la titularidad de este derecho fundamental.

## **5. CONTENIDO**

### **5.1. Sobre el contenido esencial del derecho y su configuración legal**

Como hemos visto en un apartado anterior de este trabajo, el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas es calificado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional como derecho de configuración legal. Ello implica que, en esta categoría de

---

<sup>123</sup> SSTC 107/1984 y 115/1987

<sup>124</sup> STC 150/1994, F.J. 4º. En el mismo sentido, STC 130/1995, F.J. 2º.

derechos, la Constitución solamente establece un contenido mínimo que necesita inexorablemente de la actividad del legislador para alcanzar plena efectividad.

Ahora bien ¿cuál es ese contenido mínimo constitucional de los derechos de configuración legal? La doctrina ha coincidido en señalar que ese contenido mínimo viene determinado por el contenido esencial del derecho.<sup>125</sup>

La Constitución Española, inspirada en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, recoge una fórmula muy similar a su predecesora al establecer, en su artículo 53.1, que “sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicios de tales derechos y libertades” (reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I).<sup>126</sup>

El contenido esencial de los derechos fundamentales vincula pues al legislador<sup>127</sup>, que no podrá desfigurarlo sin incurrir en inconstitucionalidad. Pero la cuestión fundamental radica en determinar qué es el contenido esencial, cómo puede determinarse y a quién corresponde hacerlo.

Estas trascendentales preguntas han sido objeto de abundante estudio doctrinal no exento de polémica,<sup>128</sup> por lo que la mejor manera

---

<sup>125</sup> J. JIMÉNEZ CAMPO, “Art. 53 CE” en VV.AA. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, cit. en n° 102, pág. 463: “Casi ocioso es advertir que la libertad del legislador que configura estos derechos (de configuración legal) no es absoluta, limitada como está por el respeto al contenido esencial del derecho.” En similares términos se expresa I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, en “Derecho al rango y derechos de configuración legal” cit. en n° 97, pág. 161.

<sup>126</sup> Un estudio sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales y su traslación de la Ley Fundamental de Bonn a la Constitución española, lo proporciona J.C. GAVARA DE CARA en *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1994.

<sup>127</sup> STC 123/1983, de 16 de diciembre, F.J 3º: “El legislador es libre al ordenar los medios de tutela de los derechos y de los intereses legítimos y, en el marco de esta tutela, establecer el régimen de los recursos, siempre que respete el contenido esencial que, como resulta del art. 53.1 de la Constitución constituye un límite al legislador.”

<sup>128</sup> Entre otros, algunos trabajos que es necesario reseñar sobre este tema son los realizados por L. PAREJO ALFONSO, “El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia constitucional: A propósito de la sentencia del

de alumbrar esta cuestión es remitirnos a lo interpretado por nuestro Tribunal Constitucional en la importante e ilustrativa sentencia 11/1981, de 8 de abril, en su fundamento jurídico 8º.

Según el Tribunal, para aproximarse a la idea de contenido esencial cabe seguir dos caminos. El primero de ellos es acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o configurar cada derecho. En palabras del Alto Tribunal “constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose.”<sup>129</sup>

El segundo camino posible para determinar el contenido esencial de un derecho, consiste en buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Según el Tribunal “se puede entonces hablar de una esencialidad en el contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este

---

Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de derecho Constitucional* nº 3 págs. 169 a 190; L. PRIETO SANCHÍS, “Artículo 53 Protección de los derechos Fundamentales” en *Comentarios a las Leyes Políticas* (ALZAGA VILLAAMIL, O. dir.), tomo IV, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1984, págs. 463 a 471; I. DE OTTO y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid: Civitas, 1988, págs. 95 a 170. Como resumen de la doctrina en esta materia es ilustrativo el más reciente trabajo de M. LORENZO RODRÍGUEZ-ARIAS, *Análisis del contenido esencial de los Derechos Fundamentales*, Granada: Comares, 1996.

<sup>129</sup> “Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo.” (STC 11/1981, de 8 de abril F.J. 8º).

modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.”

Según el Alto Tribunal los dos caminos propuestos para definir lo que es el contenido esencial de un derecho fundamental han de considerarse complementarios, es decir que pueden ser conjuntamente utilizados para determinar el contenido esencial de un concreto derecho.

Así pues, a lo largo de este trabajo, analizaremos los criterios marcados por el Tribunal Constitucional, en el caso de este derecho fundamental, al objeto de valorar si el legislador ha respetado efectivamente el contenido esencial del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas.

## **5.2. El ámbito protegido por el derecho**

El derecho que analizamos asegura la igualdad de condiciones en un ámbito determinado: el acceso a las funciones públicas. Veamos, pues, cuál es exactamente el ámbito en el que se ejerce este derecho.

### **5.2.1. El concepto de funciones públicas en el art. 23.2 CE**

La expresión “funciones públicas” que emplea el artículo 23.2 CE, plantea ciertos problemas interpretativos que es preciso aclarar.

La confusión se deriva de la existencia de dos preceptos constitucionales, los artículos 23.2 y 103.3, cuya interpretación puede suscitar algunas dudas. El art. 23.2 establece el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y “funciones públicas”, mientras el art. 103.3 establece que la Ley regulará el acceso a la “función pública” de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. La cuestión reside en determinar si lo que la Constitución entiende por “funciones

públicas” del art. 23.2 CE es plenamente coincidente con la “función pública” del art. 103.3 CE.

Hay que recordar que el art. 103.3 de la Constitución establece que “la Ley regulará el estatuto de los Funcionarios Públicos” consagrando así un modelo de función pública de carácter estatuario, plenamente diferenciado de la del resto de los trabajadores. Este estatuto ha de acomodarse a los principios a los que el apartado primero somete el actuar de la Administración cuando establece que “la administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al derecho”. Por ello los funcionarios públicos están vinculados con la Administración mediante una relación de servicios regulada legal y reglamentariamente y no integrada contractualmente.

#### *5.2.1.1. La función pública desde un criterio material*

Desde un punto de vista estrictamente funcional o material, podríamos interpretar la expresión “funciones públicas” como aquellas que implican el ejercicio de funciones públicas *strictu sensu*, es decir, aquellos empleos que supongan una participación directa o indirecta en el poder público, o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado, independientemente de que sean ejercidos o no por funcionarios públicos. De este modo, funciones tales como la enseñanza o la sanidad, que se ejercen tanto por funcionarios como por personal laboral en empresas privadas, no se considerarían funciones públicas.

Este es el criterio seguido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, al interpretar el apartado 4º del Art. 39 (antiguo 48) del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, que excluye de la



libre circulación de trabajadores a los empleos en la Administración Pública en el sentido arriba indicado.<sup>130</sup>

#### *5.2.1.2. La función pública desde un criterio orgánico*

A partir de un criterio orgánico o subjetivo, cabe interpretar la expresión “funciones públicas” como aquellas que se ejercen dentro del ámbito de organización de una institución pública. Desde este punto de vista funciones públicas serían las ejercidas por los funcionarios públicos, tal y como vienen configurados por el artículo 103 CE, quedando fuera del ámbito de protección del art. 23.2 CE otros servicios públicos que no sean desempeñados por personal estatutario de la Administración.

El TC ha ido delimitando mediante una abundante jurisprudencia el alcance de la expresión “funciones públicas” y, por ende, el ámbito de protección del art. 23.2 CE, optando por un criterio estrictamente orgánico. De esta manera cabe afirmar que este derecho fundamental sólo es aplicable a los funcionarios públicos en sentido estricto, con exclusión del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y de aquellas otras situaciones de prestación de servicios públicos por personal ajeno a la Administración.

Como señala el ATC 415/1985, en relación a un concurso – oposición para ingresar como celador en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, las funciones públicas a que se refiere el art. 23.2 CE “requiere algo más que el desarrollo de un servicio a la colectividad”.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> Entre otras, SSTJUE 17 de diciembre de 1980, 23 de febrero de 1984, ó 3 de junio de 1986.

<sup>131</sup> Como ejemplos de inadmisión de amparo por el Tribunal Constitucional pueden citarse, entre otros, los ATC 361/1983, en relación al acceso a una licencia de taxi, el ATC 415/1985 en relación a un concurso oposición para ingresar como celador en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, el ATC 645/1983 en el caso de un contratista de obras, o el ATC 154/1987 en el caso de una empresa en la que el Estado tenía un 98% del capital.

El Tribunal Constitucional ha declarado expresamente que las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa el art. 23.2 CE “son aquellas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del art. 103.3 CE vinculadas con la Administración [...] mediante una relación de servicios de carácter estatutario (tal y como se encargó de precisar la STC 99/1987), es decir, preordenada legal y reglamentariamente, y no integrada contractualmente.”<sup>132</sup>

Por ello el Alto Tribunal ha manifestado con meridiana claridad que el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 de la Constitución no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral al servicio de la Administración Pública, que quedarían bajo el amparo del genérico principio de igualdad establecido en el artículo 14.<sup>133</sup>

Esta interpretación ha suscitado, sin embargo, importantes críticas doctrinales. Así SALA FRANCO entiende que la literalidad del art. 23.2 CE parece tener un contenido mucho más amplio que la del art. 103.3, defendiendo la inclusión del personal laboral bajo el amparo del derecho fundamental.<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> STC 86/2004, de 10 de mayo, F.J. 4º.

<sup>133</sup> STC 281/1993, de 27 de septiembre, F.J. 2º: “...el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 de la Constitución no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, de manera que el trato discriminatorio denunciado sólo podría conculcar el principio general de igualdad establecido en el art. 14 de la Constitución, del que el art. 23.2 CE no es sino, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de este tribunal, una concreción específica en relación con el ámbito de los cargos y funciones públicos.”

<sup>134</sup> T. SALA FRANCO, “La contratación temporal en la Administración Pública”, *Poder Judicial* nº 3, 1988, pág. 161: “A mi juicio, si bien es claro que literal y teleológicamente el artículo 103.3 se refiere restrictivamente los funcionarios públicos stricto sensu, no resultando aplicable al personal laboral, no ocurre lo mismo con el artículo 23.2, que por su literalidad, ubicación y finalidad parece tener un contenido mucho más amplio, siendo de aplicación a las dos técnicas jurídicas a utilizar por la Administración Pública para instrumentar las relaciones con su personal, esto es, la funcional y la laboral.” También defienden extender la protección del art. 23.2 CE al personal laboral.

Por su parte, otros autores como SÁNCHEZ MORÓN o PULIDO QUECEDO defienden la adopción de un criterio mixto que combine los criterios funcional y orgánico de una manera más flexible.<sup>135</sup>

Pero al margen de las diversas posturas doctrinales al respecto, no cabe duda alguna sobre la interpretación que el Tribunal Constitucional ha dado a la expresión “funciones públicas” del art. 23.2 CE, limitándola al ámbito de los funcionarios públicos de régimen estatutario y con exclusión expresa del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Así, el personal docente, en su gran mayoría funcionario público, está amparado por el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE. Sin embargo, el personal funcionario, desde un punto de vista funcional, no ejerce funciones públicas *strictu sensu*, como prueba que sus tareas son igualmente ejercidas, con la misma eficacia jurídica, por trabajadores laborales en empresas privadas de enseñanza.

### **5.2.2. El concepto de acceso**

El término acceder es definido por la Real Academia de la Lengua como “entrar en un lugar o pasar a él”. Por ello, en una interpretación literal estricta del artículo 23.2 CE, este precepto estaría reservado a aquellos procesos de selección en los que una pluralidad de candidatos ajenos a la Administración Pública optan a ingresar en ella, como funcionarios, para prestar servicios en un determinado empleo público,

---

<sup>135</sup> M SÁNCHEZ MÓRÓN, “Art. 23.2 CE”, en VV.AA *Comentarios a las leyes políticas: Constitución española de 1978*, cit. en nº 6, pág. 674: “Ambos criterios deben complementarse y así se considerarían funciones públicas las que desempeñan ciertos particulares que no se integran en una organización pública o administrativa, como los notarios, registradores de la propiedad, etc., o eventualmente, como el llamado funcionario de facto o por delegación, como ciertos concesionarios de servicios públicos.” M. PULIDO QUECEDO, *El acceso a los cargos y funciones públicas (un estudio del art. 23.2 de la Constitución)*, cit. en nº 13, pág. 370: “A este propósito me parece que la adopción de un criterio mixto que combine, en términos razonables, el criterio subjetivo con el objetivo puede ser un parámetro aceptable para precisar la noción.”

con los requisitos que establezcan las leyes en cada caso. Ahora bien, la propia naturaleza de la relación funcional ha llevado al Tribunal Constitucional a realizar una interpretación extensiva del acceso, integrando en el art.23.2 CE otras situaciones que pueden afectar a los funcionarios públicos a lo largo de su vida laboral, más allá del mero ingreso a través del oportuno proceso selectivo.

#### *5.2.2.1. La permanencia o inamovilidad*

La relación entre un funcionario y la Administración Pública a la que presta servicios, tal y como es concebida en nuestra Constitución, no es la propia de empresario y trabajador en la empresa privada. El funcionario es un empleado público que ha de servir con objetividad e imparcialidad a los intereses generales y no a otras consideraciones o intereses particulares. Por ello son trabajadores vinculados con la Administración mediante una relación de servicios de carácter estatutario, es decir, preordenada legal y reglamentariamente y no integrada contractualmente. Este particular régimen jurídico de carácter administrativo opera, no sólo para el acceso a la función pública, sino también a lo largo de toda la relación funcional, incluido su cese.

¿Qué ocurriría si la Administración pudiera prescindir de los funcionarios públicos por las mismas causas y procedimientos que operan en las empresas privadas? Resulta evidente que la efectividad del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad, y la propia naturaleza del modelo de función pública que establece la Constitución, quedarían desvirtuados. De nada serviría la igualdad, el mérito y la capacidad en el acceso, si la remoción o cese de los funcionarios pudiera producirse por consideraciones ajenas a los mismos. De la misma manera, el modelo de función pública que consagra la Constitución, basado en una Administración que sirve con objetividad a los intereses generales, se vería totalmente

desnaturalizado si el futuro profesional de los funcionarios públicos estuviera al albur de las decisiones del político de turno en cuanto a ceses o sanciones.<sup>136</sup>

Por ello el Tribunal Constitucional ha extendido el amparo del artículo 23.2 CE a la permanencia en la función pública a la que previamente se ha accedido, garantizando de esta forma la estabilidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, y protegiéndolos frente a ceses no amparados en las causas y procedimientos legales.

Así, el Alto Tribunal ha señalado reiteradamente<sup>137</sup> que el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas comprende también el derecho a permanecer en las mismas, porque de otro modo el derecho fundamental quedaría “vacío de contenido.”<sup>138</sup> Esto supone, por tanto, el reconocimiento del derecho a no ser removido de la función pública a la que se ha accedido, sino es por las causas y los procedimientos legalmente establecidos que deben respetar en todo caso el principio de igualdad y la naturaleza esencial de la función pública definida en la propia Constitución.<sup>139</sup>

---

<sup>136</sup> La declaración del art. 103.1 CE de que “la administración sirve con objetividad los intereses generales”, tiene, como ha afirmado A. NIETO una gran trascendencia pues de esta manera “la Constitución se opone de manera radical a una opción histórica bien conocida: la apropiación del poder por parte de los burócratas, quienes utilizan el aparato administrativo en beneficio de sus propios intereses. Pero la Constitución no se limita a esto, sino que rechaza también que la Administración Pública esté al servicio, no ya de un partido político (lo que parece obvio), sino al del gobierno. Porque si bien es verdad que el gobierno dirige la Administración civil y militar, esta dirección no significa que la Administración haya de servir la gobierno: a quien sirve, a tenor del art. 103 no ofrece lugar a dudas, es a los intereses generales.” A. NIETO GARCÍA “La Administración sirve con objetividad a los intereses generales”, en Estudios sobre la Constitución Española, obra colectiva en homenaje a García de Enterría, Madrid: Civitas, 1991, págs. 2186 y ss.

<sup>137</sup> Un resumen de las más importantes sentencias del Tribunal Constitucional en esta materia lo proporciona F. RUBIO LLORENTE en *Derechos fundamentales y principios constitucionales: (doctrina jurisprudencial)*, Barcelona: Ariel, 1995, pág. 260 y ss. Igualmente, A. PALOMAR OLMEDA en “La configuración constitucional del derecho de acceso a las funciones públicas”, cit. en nº 13, 1992, pág. 119.

<sup>138</sup> STC 5/1983, de 4 de febrero, F.J. 3º.

<sup>139</sup> STC 10/1983, de 21 de febrero, F.J 2º: “En su segundo apartado, el art. 23 de nuestra Constitución consagra el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes. En

Se consagra así, pues, la denominada inamovilidad relacional, es decir, el reconocimiento de un vínculo jurídico que liga al funcionario de carrera con la Administración y que no puede ser quebrado sino mediante rigurosos procedimientos disciplinarios. Sin ella retrocederíamos a los viejos sistemas de *spoil system*, con empleados públicos al servicio del partido en el poder, que podía nombrarlos y cesarlos a su antojo.

#### 5.2.2.2. La promoción profesional

El término acceder también puede ser definido, según la Real Academia de la Lengua, como: “tener acceso a una situación, condición o grado superiores, llegar a alcanzarlos”.

Desde esta perspectiva cabe también que, aquellos que ya poseen la condición de funcionarios públicos, opten, dentro del desarrollo de su carrera administrativa, a puestos o cargos de categoría superior, en ejercicio del derecho constitucional a la promoción profesional del artículo 35.1 CE.<sup>140</sup> Resulta pues obligado, si quiere preservarse la independencia e imparcialidad de los funcionarios, proteger no sólo la entrada *strictu sensu*, sino también todos los pasos de los servidores públicos mientras permanezcan en la función pública y quieran progresar en su carrera administrativa.

Por ello, el Tribunal Constitucional acoge asimismo estas situaciones bajo el amparo del artículo 23.2 CE, y por tanto extiende el

---

lo que aquí importa este derecho (que protege a los titulares de cargos y funciones públicos de cualquier género y no sólo, como el antes considerado, a los titulares de funciones representativas) implica también el de no ser removidos de los cargos o funciones públicos a los que se accedió si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos. El legislador puede establecer libremente las condiciones que estime más adecuadas, pero su libertad tiene limitaciones que son, de una parte, las generales que imponen el principio de igualdad y los derechos fundamentales que la Constitución garantiza y, de la otra, cuando se trata de cargos o funciones cuya naturaleza esencial aparece definida por la propia Constitución, las que resultan de la necesidad de salvaguardar esta naturaleza.”

<sup>140</sup> Para un estudio en profundidad de la promoción profesional de los funcionarios públicos es recomendable la obra de L.M. ARROYO YANES, *La Carrera Administrativa de los Funcionarios Públicos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

concepto de acceso a las funciones públicas, a los actos posteriores al acceso y, entre ellos, a los relativos a la propia provisión de puestos de trabajo.<sup>141</sup>

Son muchas las sentencias del Tribunal Constitucional que han reiterado que el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública es un derecho que actúa no sólo en el momento del inicial ingreso a la función pública, sino también en la provisión de puestos de trabajo durante la vigencia de la relación funcionarial.<sup>142</sup> Ahora bien, como precisa la STC 156/1998, su alcance no es el mismo según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ascenso o promoción dentro de la misma, ya que en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido en condiciones de igualdad a la función pública -y, por tanto, que ya han acreditado el mérito y capacidad- cabe manejar otros criterios o valores constitucionalmente protegidos.<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup> P. MAYOR, cita en su análisis del art 23.2 CE, en *Comentarios a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, VV.AA, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, pág. 214, algunas de las principales sentencias en esta materia, entre ellas, la STC 192/1991, de 14 de octubre, F.J. 4º: "...ningún reparo cabe oponer a la proyección del principio de igualdad no sólo en el momento del acceso a las funciones públicas, sino también a todo lo largo de la relación funcionarial o asimilada a estos efectos (entre otras SSTC 15/1998, fundamento jurídico 2º con remisión a la STC 75/1983 y 47/1989, fundamento jurídico 2º), siendo aplicable, por tanto, a los actos posteriores al acceso y, entre ellos, a los relativos a la provisión de puestos de trabajo".

<sup>142</sup> STC 192/1991, de 14 de octubre, F.J. 4º: "Ningún reparo cabe oponer a la proyección del principio de igualdad no sólo en el momento del acceso a las funciones públicas, sino también a todo lo largo de la relación funcionarial o asimilada a estos efectos (entre otras, SSTC 15/1998, fundamento jurídico 2º, con remisión a la STC 75/1983 y 47/1989, fundamento jurídico 2º), siendo aplicable, por tanto, a los actos posteriores al acceso y, entre ellos, a los relativos a la propia provisión de puestos de trabajo."

<sup>143</sup> STC 156/ 1998, de 13 de julio, F.J 1º: "De igual modo conviene señalar que este Tribunal viene reiterando que el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública es un derecho que actúa no sólo en el momento de acceso a la función pública, sino también durante la vigencia de la relación funcionarial y por ello se ha afirmado que este derecho resulta también aplicable a la provisión de puestos de trabajo (SSTC 75/1983, 15/1988, 47/1989, 192/1991, 200/1991, 293/1993, 365/1993, 87/1996). No obstante, también se ha sostenido que el rigor con el que operan los principios constitucionales que se deducen de este derecho fundamental (el acceso en condiciones de igualdad a la función pública -art. 23.2 C.E.- de acuerdo con los principios de mérito y capacidad -art. 103.3 C.E.-) no es el mismo según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la carrera administrativa, ya que en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre

En resumen el artículo 23.2 CE no consagra sólo el derecho fundamental a ingresar en condiciones de igualdad en la función pública, sino que también garantiza el derecho a la promoción en la carrera administrativa en esas condiciones y el derecho a no ser cesado en el ejercicio de estas funciones por motivos discriminatorios.

### **5.3. Facultades que integran el derecho**

El Tribunal Constitucional ha señalado, en numerosas ocasiones, que el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas constituye una manifestación o concreción del genérico derecho a la igualdad<sup>144</sup>. De esta manera el art. 23.2 de la norma constitucional, concreta, sin reiterarlo, el mandato presente en la regla que, en el artículo 14 de la misma Constitución, establece la igualdad de todos los españoles ante la Ley.<sup>145</sup>

Este derecho a la igualdad, tanto con carácter general, como en el caso concreto del acceso a la función pública, vincula de forma diferente a cada uno de los poderes públicos, por eso, como se ha indicado anteriormente, el derecho a la igualdad en la ley tiene una concreción distinta del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Así pues, para analizar las facultades que integran el derecho a la

---

personas que ya han accedido en condiciones de igualdad a la función pública -y, por tanto, que ya han acreditado el mérito y capacidad- cabe manejar otros criterios que no guarden relación con estos principios en atención a una mayor eficacia en la prestación de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales (SSTC 192/1991, 200/1991, 293/1993, 365/1993, 87/1996).”

<sup>144</sup> Numerosas sentencias han reiterado esta posición del Tribunal Constitucional. Entre otras citamos las SSTC 67/1989, de 18 de abril, FJ 1, 27/1991, de 14 de febrero, FJ 4, y 16/1998, de 26 de enero, FJ 5.

<sup>145</sup> STC 50/1986, de 23 de abril, F.J 4º: “El art. 23.2 de la norma constitucional, concreta, sin reiterarlo, el mandato presente en la regla que, en el artículo 14 de la misma Constitución, establece la igualdad de todos los españoles ante la Ley, según hubo ya ocasión de señalar en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, de tal manera que cuando, como aquí ocurre, la queja por discriminación se plantea respecto de los supuestos contenidos en el art. 23.2 y siempre que no se haya verificado la diferenciación impugnada en virtud de alguno de los criterios explícitamente impedidos en el art. 14, será de modo directo aquel precepto el que habrá de ser considerado para apreciar si lo en él dispuesto ha sido o no desconocido por la decisión que se ataca”.



igualdad en el acceso a la función pública debemos diferenciar las facultades que se ejercen frente al legislador y las que se ejercen frente a los aplicadores de la ley.

### **5.3.1. Derecho a la igualdad de condiciones en la ley**

El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a la función pública concede a sus titulares la facultad de reaccionar frente a los actos del legislador que introduzcan un trato diferente e injustificado en las normas reguladoras del acceso a una determinada función pública, respecto al dado a otra persona que se encuentre en la misma situación. Es decir, es un derecho a no ser tratado por la ley reguladora de un determinado proceso selectivo, de forma diferente y sin justificación suficiente para ello.

Este derecho a la igualdad de condiciones en la ley presenta, en el caso del derecho consagrado en el art.23.2 CE, unos perfiles propios que es necesario destacar.

#### *5.3.1.1. La predeterminación normativa de los requisitos y condiciones de acceso*

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas requiere, por su propia naturaleza, de la actividad del legislador para la realización efectiva del derecho. La eficacia del derecho fundamental exige esa intervención legislativa, sin la cual éste no sería concebible.<sup>146</sup>

---

<sup>146</sup> “Con carácter general, cabe afirmar que la Constitución reserva a la Ley y, en todo caso, al principio de legalidad entendido como existencia de norma jurídica previa, el ejercicio del derecho fundamental a acceder a la función pública, en condiciones de igualdad, de acuerdo con el mérito y capacidad (art. 23.2 C.E.: «con los requisitos que señalen las Leyes»; art. 53.1: «Sólo por Ley... podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades»; art. 103.3: «la Ley regulará... el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad...»; art. 103.1: «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho»). A ello ha de añadirse que el derecho «ex art.» 23.2 C.E.

La propia Constitución recalca esta exigencia cuando el artículo 23.2 remite expresamente a “los requisitos que señalen las leyes” para delimitar el contenido del derecho. Complementariamente a esta exigencia constitucional, el artículo 103.3 CE remite a la ley la regulación del acceso a la función pública, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

Esta necesaria predeterminación normativa constituye parte del contenido esencial del derecho fundamental, pues sin ella los ciudadanos carecerían de garantía alguna que protegiera su derecho a la igualdad en el acceso.<sup>147</sup>

#### *5.3.1.1.1. Derecho a la intervención previa del legislador*

El contenido de este derecho fundamental otorga a sus titulares la facultad de exigir al legislador que regule previamente los requisitos y condiciones que van a regir el procedimiento de acceso a una determinada función pública. Ello implica la posibilidad de reaccionar judicialmente ante procesos de selección en los que se consagrara la absoluta discrecionalidad de la Administración para seleccionar a sus funcionarios, pues no habría normas previas que regularan el proceso salvo la mera voluntad del órgano de selección.

El Tribunal Constitucional, en diversas sentencias, ha dejado meridianamente claro que la reserva de ley y el principio de legalidad entrañan una garantía de orden material que se traduce “en la imperativa exigencia de predeterminar cuales hayan de ser las

---

es un derecho de configuración legal y, por ello, la fijación ex ante de los criterios de selección, tanto de carácter absoluto como relativo, en que consistan la igualdad, mérito y capacidad para cada función, es la única forma de que pueda ejercerse el derecho mismo (vid., entre otras, STC 10/1989, fundamento jurídico 3).” STC 48/1998, de 2 de marzo, F.J. 7º

<sup>147</sup> J. BERMEJO VERA, “El derecho fundamental de acceso a los puestos de trabajo en la función pública” en VV.AA *Derecho fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Lorenzo Martín Retortillo*, Zaragoza: Ed Justicia de Aragón, 2009, pág. 1220: “Ha de tenerse en cuenta que la predeterminación normativa del procedimiento de acceso pertenece, indudablemente al ámbito del núcleo duro o contenido esencial del derecho, por lo que ha de ser la ley el instrumento básico de predeterminación.”

condiciones para acceder a la función pública”. Según el Tribunal una verdadera predeterminación normativa garantiza que los órganos administrativos encargados del proceso de selección “no van a actuar con un excesivo arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el art. 23.2 CE”, lo cual, por otra parte, es lo que hace posible, en su caso, el ulterior control judicial, puesto que el juez “tendrá así un criterio con el que contrastar si la actuación administrativa se ha ajustado o no a las condiciones de igualdad, mérito y capacidad previamente establecidas.” Todo ello ha llevado a nuestro Alto Tribunal a afirmar que la preexistencia y predeterminación de las condiciones de acceso, “forma parte del derecho fundamental en cuanto constituye su soporte”, y que por tanto, puede ser invocada ante el Tribunal Constitucional “cuando vaya inescindiblemente unida a la posible vulneración de las condiciones materiales de igualdad, mérito y capacidad”<sup>148</sup>. Desde esta perspectiva, como señala acertadamente BELADIEZ ROJO<sup>149</sup>, si bien el derecho a la predeterminación normativa forma parte del derecho fundamental, sólo puede ser invocada autónomamente ante el Tribunal Constitucional cuando vaya vinculada a los principios de igualdad, mérito y capacidad, esto es cuando la normativa del proceso de selección carezca de una regulación que permita conocer previamente las condiciones que determinarán el acceso de unos candidatos frente a otros.

#### *5.3.1.1.2. Alcance de la reserva de ley*

La exigencia de una intervención previa del legislador para la realización efectiva de este derecho, plantea la relación entre ley y reglamento en esta materia, es decir, si el acceso a las funciones

---

<sup>148</sup> SSTC 48/1998, de 2 de marzo, F.J. 7º a); 73/1998, de 31 de marzo, F.J. 3º a); y 138/2000, de 29 de mayo, F.J. 6º a).

<sup>149</sup> M. BALADIEZ ROJO, “El derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas (art. 23.2 CE)”, *Justicia Administrativa* nº 45, 2009, pág. 9.

públicas es objeto de una estricta reserva de ley o cabe la remisión a normas reglamentarias para su regulación.

El Tribunal Constitucional ha señalado al respecto, que la reserva de ley en la regulación de las condiciones para acceder a la función pública, “no puede considerarse como absoluta”, de modo que se impida la colaboración de la norma reglamentaria para su desarrollo y aplicación.<sup>150</sup>

Sería ilógico, y así lo ha resaltado nuestro Alto Tribunal<sup>151</sup>, exigir del legislador una previsión casuística del contenido de los requisitos para acceder a cualquier función pública, pues dichos requisitos habrán de variar sustancialmente en cada caso, máxime si tenemos en cuenta la variedad de cuerpos que pueblan la función pública española.

El tema de la reserva de ley para acceder a las funciones públicas ha sido ampliamente tratado por el Tribunal Constitucional a partir de la STC 99/1987, de 11 de junio (F.J.3º), que enjuició la constitucionalidad de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública. En esta importante sentencia se abordaron, entre otras, las cuestiones relativas a la reserva de ley del artículo 103.3 CE, sirviendo de faro que ha iluminado las posteriores sentencias 47/1990, de 20 de marzo (F.J. 7º), 73/1998, de 31 de marzo (F.J. 3º) y 138/2000, de 29 de mayo (F.J. 6º). En ellas el Tribunal Constitucional ha reiterado que las disposiciones reglamentarias, cuando así lo requiera la Ley, podrán colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal del acceso a las funciones públicas. Por el contrario “la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionales o carentes

---

<sup>150</sup> STC 48/1998, de 2 de marzo, F.J. 7 a): “Ahora bien, cuanto antecede no impide que la ley formal pueda recabar la colaboración reglamentaria y el recurso a los instrumentos que sean necesarios para su desarrollo y aplicación, habida cuenta de que no estamos ante una reserva absoluta.”

<sup>151</sup> STC 47/1990, F.J. 7º

de límites ciertos y estrictos,<sup>152</sup> pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento a favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva.”<sup>153</sup>

A pesar de que la frontera entre la ley material y la normación reglamentaria no tiene unos límites precisos y puede ser objeto de controversias, de la jurisprudencia del Tribunal podemos extraer algunas conclusiones:

a) El legislador, por mandato expreso del artículo 103.3 CE, está obligado a regular el acceso a la función pública, no en su totalidad, pero sí en sus aspectos básicos, proscribiéndose de esta manera las remisiones incondicionadas a las normas reglamentarias. En palabras del Tribunal, esta regulación realizada por el legislador ha de realizarse en tales términos que “sea reconocible en la Ley misma una determinación material suficiente”, descartándose de este modo “todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma de Ley en la labor que la Constitución le encomienda.”<sup>154</sup> Por ello, el Estatuto Básico del Empleado Público<sup>155</sup>, o en el ámbito educativo, la Ley Orgánica de Educación<sup>156</sup>, contienen prescripciones relativas al acceso a la condición de funcionario.

---

<sup>152</sup> J. CANO BUESO, “Los derechos de reunión, asociación, participación y petición” en *VV.AA. Derecho Constitucional Vol. II, Derechos fundamentales y principios rectores* (F. BALAGUER CALLEJÓN Coord.), Madrid: tecnos, 1999, pág. 194: “Lo que el Reglamento no puede hacer es innovar o introducir requisitos que restrinjan o desvirtúen las previsiones del legislador, como tampoco puede la ley abdicar de su facultad de disponer las normas básicas reenviando al reglamento sin señalarle el estricto marco en que éste debe desarrollar la disposición legal”.

<sup>153</sup> STC 99/1987, de 14 de junio F.J. 3 a).

<sup>154</sup> STC 99/1987, F.J.3 c)

<sup>155</sup> La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, regula en el Capítulo I del Título IV el acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio.

<sup>156</sup> La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, regula en su disposición adicional novena los requisitos para el ingreso en los cuerpos de funcionarios docentes.

b) En la regulación del acceso a una determinada función pública coexisten disposiciones de diversa naturaleza. Así junto a cuestiones esenciales del proceso, como los requisitos que debe poseer un candidato para poder participar, o las pruebas que ha de superar para acceder, existen otras meramente procedimentales que regulan aspectos instrumentales o complementarios. Pues bien, la exigencia de reserva de ley ha de circunscribirse a las primeras, es decir a aquellas normas que regulen los aspectos nucleares del proceso con una incidencia directa en el derecho a la igualdad en el acceso, pudiendo quedar los aspectos meramente instrumentales o procedimentales en manos de la norma reglamentaria. ¿Quedaría por ello absolutamente prohibido la regulación mediante norma reglamentaria de aspectos relativos a los requisitos de acceso? No necesariamente, pues el titular de la potestad reglamentaria podría colaborar con la norma legislativa, siempre que así se haya previsto por ésta. Lo que está expresamente proscrito por nuestro Tribunal Constitucional es que la norma reglamentaria introduzca nuevos requisitos o condiciones que limiten el acceso a la función pública a determinados ciudadanos, sin contar para ello con la necesaria habilitación legislativa.

En palabras del Tribunal “cuando el legislador establece los requisitos que han de concurrir en los candidatos al acceso a un cargo o función pública, sin prever que su regulación pueda ser desarrollada o complementada por disposiciones infralegales, en realidad está sancionando un criterio igualatorio que las disposiciones reglamentarias no pueden desconocer, restringiendo o agravando las condiciones legales en perjuicio de determinados ciudadanos o grupos, sin conculcar al tiempo el principio de igualdad y, por consiguiente, sin lesionar el derecho fundamental proclamado en el art. 23.2 de la Constitución.”<sup>157</sup>

---

<sup>157</sup> STC 47/1990, de 20 de marzo, F.J. 7º

### 5.3.1.2. Derecho al carácter general y abstracto de las normas

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional ha declarado en numerosas ocasiones<sup>158</sup> que los requisitos que en cada caso se exijan para acceder a la función pública profesional, así como los méritos que se tengan en cuenta en el proceso de selección, deben establecerse mediante *referencias abstractas y generalizadas*. Esta regla, que forma parte del contenido esencial del derecho, implica un mandato al legislador que se traduce en determinadas prohibiciones y exigencias.

#### 5.3.1.2.1. Prohibición de referencias individualizadas y concretas

La exigencia del carácter general y abstracto de las normas de acceso implica la prohibición al legislador del uso de referencias individualizadas y concretas para definir los requisitos y condiciones de acceso, que el Tribunal estima incompatibles con la igualdad. Con ello se trata de evitar toda exclusión o reserva de plazas *ad personam*, ya sea mediante alusiones expresas o, como es mucho más habitual, encubiertas.

Este condicionamiento del proceso selectivo, que se deriva del art. 23.2 de nuestra Constitución, viene muy claramente expresado por nuestro Alto Tribunal en la Sentencia 67/1989 de 18 de abril: “Este Tribunal ha afirmado que el art. 23.2 de la Constitución deriva el que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos de funciones públicas y, entre ellas, las convocatorias de concursos y oposiciones, se establezcan en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas. Ello significa dar relevancia constitucional a un criterio que había venido siendo exigido por nuestra jurisprudencia contencioso – administrativa, desde la muy conocida sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1971 (RJ

---

<sup>158</sup> Entre otras las SSTC 50/1986, de 23 de abril, F.J. 4º, 18/1987, de 16 de febrero, F.J. 6º, 67/1989, de 18 de abril, F.J. 2º, 47/1990, de 20 de marzo, F.J.6º, 27/1991, de 14 de febrero, F.J. 4º.

1971/3873), que aplicó la teoría de la desviación de poder a un concurso establecido con el preconcebido propósito de nombrar a determinada persona. De ahí que se exija que los requisitos o méritos se establezcan con carácter general, siendo constitucionalmente inaceptable que se produzcan acepciones o pretericiones *ad personam* en el acceso a las funciones públicas. Lo que el art. 23.2 de la Constitución Española prohíbe es que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos de las funciones públicas se establezcan no mediante términos generales y abstractos, sino mediante referencias individuales y concretas”.<sup>159</sup>

La cuestión radica en determinar qué se entiende por referencias individualizadas y concretas que produzcan acepciones o pretericiones *ad personam*. Parece claro que el Tribunal Constitucional quiere impedir que las normas del procedimiento selectivo tengan por objeto nombrar o facilitar el acceso a la función pública a una determinada persona. Pero la cuestión se torna más compleja cuando las referencias individualizadas se realizan respecto de un determinado colectivo o grupo de personas concreto, por ejemplo a través de la valoración de un determinado mérito, como la antigüedad en un empleo o función.

En relación a este asunto la mencionada Sentencia 67/1987 de 18 de abril FJ 2, estableció que “la valoración de los méritos de los funcionarios en situación precaria, valorándose su antigüedad o los servicios prestados, no constituye, ni directa ni indirectamente, la referencia individualizada, singular específica y concreta”. Lo que resultaría contrario al derecho reconocido en el art. 23.2 CE, según la sentencia, “es cualquier reserva, explícita o encubierta de funciones públicas *ad personam* o a la adscripción personal a personas individualmente seleccionadas”, pero no la identificación de modo abstracto y en virtud del hecho objetivo de haber ocupado determinadas plazas. De este modo, la consideración como mérito de la antigüedad en

---

<sup>159</sup> STC 67/1989, de 18 de abril, F.J 2º.



un empleo o función no podrá considerarse como referencia individualizada y concreta.

Ahora bien, la cuestión no resulta tan sencilla pues, como reconoce el propio Tribunal, la reserva de plaza se hace normalmente encubriendo la realidad, por ejemplo, sobrevalorando unos méritos respecto a otros a favor de un determinado aspirante. Como puede suponerse, acreditar la vulneración de este principio no es tarea fácil y requiere, como acertadamente apunta GARCÍA-TREVIJANO<sup>160</sup>, examinar la convocatoria de una manera global para obtener un cabal conocimiento de la realidad subyacente, que en algún caso puede ocultar un preconcebido propósito de nombrar a una determinada persona.

#### *5.3.1.2.2. Requisitos y condiciones formulados en sentido negativo o excluyente*

Esta exigencia esencial del derecho fundamental nos lleva a plantearnos una interesante cuestión, y es la de si los requisitos y méritos para el acceso a la función pública han de venir necesariamente formulados en términos positivos y, por lo tanto se proscriben la configuración de las condiciones por vía negativa, es decir mediante la prohibición de acceso a determinados colectivos.

Este problema fue abordado por el Tribunal Constitucional a raíz de un recurso de amparo frente a una Resolución de la Diputación General de Aragón por la que se convocaba mediante sistema de libre designación, el puesto de Secretario General del Servicio Aragonés de Salud, “con exclusión de sanitarios, investigadores y docentes”.

Parece contraria a la regla enunciada de la generalidad y abstracción de los requisitos de acceso, la exclusión nominal de un

---

<sup>160</sup> E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, “Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública”, *Revista de Administración Pública* n° 121, 1990, pág. 255.

determinado colectivo, máxime cuando el legislador tiene un amplio margen de actuación para delimitar de manera positiva los requisitos y condiciones de acceso.

Por ello, la STC 48/1998 de 2 de marzo<sup>161</sup> declara la inconstitucionalidad de la exclusión “a limine” del proceso selectivo, de docentes ajenos al Servicio Aragonés de Salud en los que podrían concurrir las condiciones necesarias para el acceso a una determinada función pública. El Tribunal sienta, pues, la doctrina de que “la configuración de las condiciones de acceso por vía negativa requiera una mayor y más severa justificación objetiva y racional para superar el juicio que el art. 23.2 CE impone” (F.J. 8º).

Por ello podemos concluir que, si este es el criterio del Tribunal en un concurso para la provisión de una plaza de libre designación, con mucho mayor rigor cabe exigir al legislador la formulación de los requisitos y méritos de en términos positivos, cuando se trate de procedimientos de acceso a la función pública.

### *5.3.1.3. Derecho a que los requisitos y condiciones de acceso referidos a los principios de mérito y capacidad*

Los conceptos de mérito y capacidad como principios rectores del acceso a la función pública vienen recogidos en el artículo 103.3 de nuestra Constitución en los siguientes términos: “La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad...”

---

<sup>161</sup> “Lo que, sin embargo, tiene difícil justificación y carece de base racional a la luz del art. 23.2 CE, esto es en virtud del mérito y capacidad, es la exclusión “a limine” operada para la provisión del puesto frente a un docente ajeno al servicio aragonés de salud, en el que podrían concurrir las condiciones necesarias para su desempeño. La norma podría haber establecido, en términos positivos y con pleno respeto al art. 23.2 CE toda una suerte de requisitos (grupo, experiencia, formación, etc.) que garantizarán plenamente la función requerida. Al excluir de entrada y por presunción la concurrencia del actor se ha lesionado su derecho garantizado en el art. 23.2 CE. (FJ 8).”

En la misma línea la más reciente STC 118/2008, de 13 de octubre.

A pesar de que estos principios no figuran expresamente enunciados en el artículo 23.2 CE que consagra el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a la función pública, el Tribunal Constitucional ha declarado que entre los artículos 103.3 y 23.2 CE existe una necesaria relación recíproca que una interpretación sistemática no puede desconocer<sup>162</sup>. Por ello, los principios de mérito y capacidad han pasado a formar parte del contenido esencial del derecho fundamental, a pesar de no estar expresamente enunciados en su articulado<sup>163</sup>. Así, esta vinculación impone al legislador, en palabras del Alto Tribunal, “la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pudieran considerarse violatorios del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre españoles.”<sup>164</sup>

Se establece así un canon en el juicio de igualdad, en tanto los principios del artículo 103.3 CE constituyen el parámetro que determina si se cumplen o no las exigencias de fundamentación objetiva y razonable en caso de un diferente trato entre aspirantes a acceder a una determinada función pública. En palabras del Tribunal, se infringe el principio de igualdad “si la diferencia de trato carece de una justificación objetiva y razonable a la luz de las condiciones de mérito y

---

<sup>162</sup> “Es indudable que aunque dicho art. 103.3 no es invocable por sí sólo en amparo, la interpretación sistemática de la CE lleva a considerar, cuando se alega en conexión con el 23.2 y por la relación recíproca que existe entre ambos, que este último precepto impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública, requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad.” STC 148/1986, de 25 de noviembre, F.J. 8º

<sup>163</sup> “Esta igualdad que la ley ha de garantizar en el acceso a las funciones públicas tiene, por otra parte, un contenido material que se traduce en otros condicionantes del proceso selectivo...y de manera especialmente relevante, el que las condiciones y requisitos exigidos sean referibles a los principios de mérito y capacidad. De este modo, se produce una intersección, en este momento, del contenido del art. 23.2 con el del art. 103.3...” STC 73/1998, de 31 de marzo, F.J. 3 b).

<sup>164</sup> STC 50/1986, de 23 de abril., F.J. 4º.

capacidad, o dicho de otro modo, cuando el elemento diferenciador sea arbitrario o carezca de fundamento racional.”<sup>165</sup>

Ambos principios introducen, pues, elementos objetivos en la valoración de los aspirantes, que garantizan su igualdad en el acceso a la función pública. No obstante hay que advertir que, como analizaremos más adelante, es diferente el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la función pública, o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa.

Idéntica exigencia formulada al legislador en la regulación de los requisitos y condiciones de acceso cabe hacerla a los órganos de selección en el ámbito de la igualdad en la aplicación de la ley. Los tribunales y comisiones de selección no podrán establecer, pues, diferencias entre los aspirantes que no tengan respaldo en los principios de mérito y capacidad, tanto cuando se limiten a aplicar lo establecido en las bases de la convocatoria, como cuando formulen juicios valorativos, al amparo de su discrecionalidad técnica, que tendrán como guía exclusiva los mencionados principios constitucionales.<sup>166</sup> Desde esta perspectiva ambos principios constituyen un instrumento de control de las arbitrariedades que los órganos de selección pudieran cometer en el ejercicio de sus funciones.

Es cierto que, como señala ZILLER<sup>167</sup>, la igualdad en el acceso no implica necesariamente el acceso por mérito y capacidad, como lo demuestra la historia reciente que analizaremos en otro apartado. Pero

---

<sup>165</sup> STC 48/1998, de 2 de marzo, F.J. 7º. En este sentido son ilustrativas las SSTC 37/2004, de 11 de marzo y 29/2012, de 1 de marzo, sobre el requisito de edad. Igualmente la STC 78/2007, de 16 de abril, en relación a la exigencia de poseer moto.

<sup>166</sup> “Por consiguiente, en la resolución de los procedimientos de selección para ocupar un puesto integrado en la función pública, los órganos y autoridades competentes deben guiarse exclusivamente por aquellos criterios de mérito y capacidad, incurriendo en infracción del mencionado precepto constitucional si tomaran en consideración otras condiciones personales o sociales de los candidatos, no referidos a dichos criterios.” STC 193/1987, de 9 de diciembre, F.J 5º.

<sup>167</sup> J.ZILLER, en «*Egalité et mérite. L'accès a la fonction publique dan les Etats de la Communauté Européene* », Bruylant, Bruxelles, 1998, pág. 67, citado en M. PULIDO QUECEDO, *El acceso a los cargos y funciones públicas*, cit. en nº 11.

no es menos cierto que los modernos Estados democráticos no pueden prescindir de estos principios como parte esencial de un modelo profesional de función pública basado en la neutralidad política y la eficacia al servicio de los intereses generales.

En conclusión, los principios de mérito y capacidad cumplen una doble función. Por un lado constituyen uno de los pilares del modelo de Administración Pública que la Constitución ha consagrado en su artículo 103, que establece en su apartado primero que la Administración “sirve con objetividad los intereses generales”, de acuerdo con el principio de eficacia<sup>168</sup>. Ello sólo es posible mediante una función pública profesional seleccionada según su mérito y capacidad, que permita escoger a los candidatos más aptos para el servicio de la eficacia de la Administración, y por ende, el interés general para los ciudadanos.<sup>169</sup>

Pero además, por otro lado, como hemos señalado, estos principios se encuentran incorporados al derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 CE de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas. Desde esta perspectiva los conceptos de mérito y la capacidad constituyen, en palabras de PALOMAR OLMEDA<sup>170</sup>, “la pauta interpretativa para determinar si la Ley respeta o no el contenido

---

<sup>168</sup> A. NIETO GARCÍA, “La Administración sirve con objetividad a los intereses generales”, cit. en nº 136, pág. 2186: “La Constitución se opone de forma radical a una opción histórica bien conocida: la apropiación del poder por parte de los burócratas, quienes utilizan el aparato administrativo en beneficio de sus propios intereses. Pero la Constitución no se limita a esto, sino que rechaza también que la Administración Pública esté al servicio, no ya de un partido político (lo que parece obvio), sino al del Gobierno. Porque si bien es verdad que el Gobierno dirige la Administración civil y militar, esta dirección no significa que la Administración haya de servir al Gobierno: a quien sirve –a tenor del art. 103 no ofrece lugar a dudas- es a los intereses generales.

<sup>169</sup>L. RUANO RODRÍGUEZ, *Constitución, función pública y empleo laboral*, Pamplona: Aranzadi, 1998, pág. 41: “El actuar de la Administración debe someterse al principio de eficacia, porque los seleccionados en razón del mérito y la capacidad serán los más aptos para actuar eficazmente. Y, por supuesto, la imparcialidad, y la eficacia, que se garantizan cuando se respeta en el acceso el mérito y la capacidad, como el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto.”

<sup>170</sup> A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Madrid: Dykinson, 2001, pág. 101.

esencial del derecho” y en consecuencia impiden que el interés individual de los ciudadanos por acceder a una determinada función pública en condiciones de igualdad, pueda verse vulnerado a causa de consideraciones discriminatorias ajenas a tales principios. De esta manera se da la paradoja de que el parámetro de la constitucionalidad del derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 CE, no se haya formulado expresamente en el mismo, sino en el artículo 103.3 CE que recoge los principios de mérito y capacidad.

### **5.3.2. Derecho a la igualdad en la aplicación de las normas reguladoras del acceso**

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, se produce una violación del derecho a la igualdad cuando un “mismo precepto se aplica en casos iguales, con notoria desigualdad, por motivaciones arbitrarias, esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles.”<sup>171</sup> Como acertadamente señala DIEZ PICAZO<sup>172</sup>, de nada serviría que una norma no fuera discriminatoria si después no es aplicada de igual forma a todos sus posibles destinatarios. De esta manera, la igualdad en la aplicación de la ley vincula a los poderes públicos encargados de interpretar y aplicar la ley, esto es, a la Administración por un lado, y a los jueces y tribunales por otro. Según el órgano encargado de la aplicación de la norma, hay que distinguir, pues, entre igualdad en la aplicación judicial de la ley e igualdad en la aplicación administrativa de la ley.<sup>173</sup>

---

<sup>171</sup> STC 8/1981, de 30 de marzo de 1981, F.J. 6º.

<sup>172</sup> L. DIEZ PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales* cit. en nº 5, pág. 186: “La segunda faceta del principio de igualdad ante la ley es la igualdad en la aplicación de la ley. Esta significa sencillamente que la norma debe ser aplicada del mismo modo en todos los casos, pues de nada serviría que la norma no sea discriminatoria si después no es aplicada de modo uniforme.”

<sup>173</sup> Para un análisis en profundidad de la igualdad en la aplicación de la ley y su interpretación por el Tribunal Constitucional ver M. RODRÍGUEZ PIÑEIRO y Mº F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, cit. en nº 48, pág. 22 y ss.

En el ámbito del acceso a la función pública, la igualdad en la aplicación de la ley tiene especial relevancia en relación a la actuación de los órganos administrativos de selección -tribunales y comisiones de calificación de oposiciones y concursos-, quienes tienen la obligación de aplicar por igual a todos los candidatos las normas que rigen el procedimiento selectivo. En consecuencia, la misma exigencia formulada al legislador en la regulación de los requisitos y condiciones de acceso cabe hacerla a los órganos de selección en el ámbito de la igualdad en la aplicación de la ley. Los tribunales y comisiones de selección no podrán establecer, pues, diferencias entre los aspirantes que no tengan respaldo en los principios de mérito y capacidad

En palabras del Tribunal Constitucional, el derecho proclamado en el artículo 23.2 CE, “incorpora también el derecho a la igualdad en la aplicación misma de la ley”, de tal modo que “ha de quedar también excluida toda diferencia de trato en el desarrollo del referido procedimiento.”<sup>174</sup> En todos los momentos del proceso selectivo, incluso al resolver las reclamaciones planteadas por algunos de los aspirantes, la Administración está obligada, pues, a dispensar a todos un trato igual.

#### *5.3.2.1. La interpretación restrictiva del Tribunal Constitucional*

Ahora bien, tras enunciar esta regla general de igualdad en la aplicación de la ley, el Tribunal Constitucional ha introducido importantes matizaciones que es conveniente analizar. Entiende el Tribunal que no toda infracción de las normas reguladoras del acceso genera *per se* una vulneración del derecho fundamental. La inaplicación por los órganos de selección de una de las bases de la oposición o concurso a todos los aspirantes por igual, comportaría, según esta doctrina, una infracción de la legalidad susceptible de impugnación ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, pero no una

---

<sup>174</sup> STC 73/1998, de 31 de marzo, F.J. 3 c)

quiebra del derecho a la igualdad en el acceso, pues de esa infracción no se deriva un trato desigual, ni existe término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad.

En palabras del Tribunal “el artículo 23.2 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya que sólo cuando la infracción de las bases del concurso implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el artículo 23.2 CE.”<sup>175</sup>

El Tribunal Constitucional ha aplicado este criterio en diversas sentencias que muestran a la perfección su doctrina en esta materia, siendo especialmente ilustrativa la STC 73/1998, de 31 de marzo. En el recurso de amparo que dio origen a esta sentencia, se impugnaba la resolución de un proceso selectivo para la provisión, por el sistema de oposición, de una plaza de auxiliar administrativo en el Ayuntamiento de Honrubia. Según las bases de la convocatoria, el segundo ejercicio de la oposición consistía en copiar a máquina durante diez minutos un texto facilitado por el Tribunal, a una velocidad mínima de 250 pulsaciones por minuto, valorándose la velocidad desarrollada, la limpieza y exactitud de lo copiado y la corrección del escrito. A este segundo ejercicio únicamente accedieron dos concursantes, la recurrente en amparo y la opositora que finalmente se adjudicó la plaza. El Tribunal calificador consideró que las dos aspirantes habían superado el segundo ejercicio de la oposición, a pesar de que una de ellas no había logrado alcanzar la velocidad mínima exigida en las bases, pues obtuvo 248 pulsaciones por minuto.<sup>176</sup> La candidata que no obtuvo la plaza, tras agotar la vía judicial, recurrió en amparo ante el

---

<sup>175</sup> SSTC 115/1996, de 25 de junio F.J. 4º; 10/1998, de 13 de enero, F.J. 3º; 23/1998, de 27 de enero, F.J. 3º; 107/2003, de 2 de junio, F.J. 4º.

<sup>176</sup> Tres miembros del tribunal calificaron con un 4,9 a la opositora. El cuarto se separa del criterio de la mayoría y otorga una puntuación que permite matemáticamente aprobar a la opositora.



Tribunal Constitucional, por vulneración del derecho consagrado en el artículo 23.2 CE. El Alto Tribunal, aun reconociendo que se favoreció a una determinada opositora, desestimó finalmente el recurso de amparo al entender que el artículo 23.2 CE garantiza un derecho a la igualdad en el acceso a la función pública, no la legalidad en el desarrollo del proceso selectivo, y por ello para poder apreciar su vulneración hubiera sido preciso que, tras aportar el correspondiente *tertius comparationis*, se hubiera acreditado un trato discriminatorio en la interpretación o aplicación de las normas de acceso, cosa que no ocurrió, a juicio del Tribunal, en este caso.<sup>177</sup>

Hay que mencionar que la mencionada sentencia contó con el voto particular del magistrado JIMÉNEZ DE PARGA, quien disconforme con la decisión mayoritaria del Tribunal, entendió que se había vulnerado el derecho fundamental del artículo 23.2 CE al aplicar las bases de la convocatoria de forma discriminatoria en favor de una de las concursantes.<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> “En efecto, la queja que se nos plantea se refiere, precisamente, a la igualdad en la aplicación de la ley, la cual se entiende vulnerada por la aprobación del ejercicio de una opositora que no había alcanzado determinada velocidad mínima de escritura en el examen, tal como a su juicio se exigía en las bases de la convocatoria. Ahora bien, como se ha visto, este derecho fundamental no se extiende a la legalidad como tal en el desarrollo de todo el proceso selectivo, sino que es, precisamente, un derecho a la igualdad de las condiciones de acceso a la función pública, lo que habría requerido, en éste como en cualquier otro caso, el que, previa la aportación del correspondiente término de comparación (STC 115/1996, fundamento jurídico 4.), se hubiera alegado un trato discriminatorio en la interpretación o aplicación de las normas de acceso. No es suficiente, por tanto, para alcanzar la conclusión de que el derecho fundamental ha sido vulnerado el que se haya interpretado una determinada regla de acceso en un sentido que, ciertamente, ha resultado favorable para un determinado opositor. Por el contrario, para que la desigualdad pueda ser apreciada es necesario que dicha interpretación no hubiera sido extendida a los demás opositores, lo que ni se sostiene ni puede afirmarse que aquí haya ocurrido.” STC 73/1998, de 31 de marzo, F.J. 4º. En la misma línea ver STC 87/2008, de 21 de julio.

<sup>178</sup> “Pues bien, la Sentencia de la mayoría reconoce que, en el presente caso, se efectuó la interpretación de «una determinada regla de acceso en un sentido que, ciertamente, ha resultado favorable para un determinado opositor» (fundamento jurídico 4.). No podía negar este hecho por ser evidente en las actas del Tribunal calificador y había sido así estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Sin embargo, se deniega el amparo porque, contrariamente a lo afirmado en el fundamento jurídico 3.c, el derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 C.E. -se dice ahora- «no se extiende a la legalidad como tal en el desarrollo de todo el proceso selectivo, sino que es, precisamente, un derecho a la igualdad de las condiciones de acceso a la función pública» (fundamento jurídico 4.). Con tal declaración se ocasiona

Idéntica doctrina llevó al Tribunal Constitucional a otorgar amparo en la STC 10/1998, de 13 de enero, en relación a un proceso selectivo en el que el Tribunal calificador no puntuó los ejercicios de la oposición de acuerdo con las normas reguladoras del proceso<sup>179</sup>, por lo que algunos opositores impugnaron la resolución del mismo. Ante esta reclamación, la Administración acordó revisar únicamente las puntuaciones de los opositores que interpusieron la reclamación, pero no modificar las puntuaciones de los demás opositores que no impugnaron. Esta decisión fue la que el Tribunal Constitucional consideró que vulneraba el derecho consagrado en el artículo 23.2 CE. Según se establece en la sentencia, la Administración debió aplicar el mismo criterio a todos los opositores, por lo que al modificar el criterio de calificación para unos debió hacerlo para todos, hubieran o no formulado reclamación. Al no hacerlo así, la Administración creó una desigualdad de trato incompatible con el artículo 23.2 CE y, en consecuencia, lesiva para el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a la función pública.<sup>180</sup>

---

una grave restricción del ámbito de operatividad del referido derecho a la sola fase del establecimiento de las condiciones de acceso, y no, como una aplicación coherente de nuestra anterior doctrina hubiera propiciado, a la interpretación discriminatoria que de las mismas pueda producirse en el total desarrollo del proceso selectivo. En el caso que estamos enjuiciando, la aplicación de nuestra doctrina (STC 10/1998, como la más reciente) debiera haber llevado a la Sala a entender que el órgano calificador del concurso no aplicó las bases de la convocatoria de acuerdo con las exigencias impuestas por el art. 23.2 C.E., sino de forma discriminatoria en favor de una de las concursantes, al considerar que la misma había aprobado el segundo de los ejercicios previstos en las bases pese a que, tal y como inequívocamente revelan las actuaciones contenidas en el expediente, no había superado el requisito de la velocidad de pulsaciones exigida en la prueba mecanográfica. Más aún: mientras tres miembros del Tribunal califican de forma coincidente, el cuarto (Presidente) se separa del criterio de la mayoría con unas puntuaciones que matemáticamente sirven para salvar a una de las concursantes; puntuaciones que son modificadas a este efecto, con propósito claramente discriminador.” Voto particular que formula el magistrado M. JIMÉNEZ DE PARGA en la STC 73/1998, de 31 de marzo

<sup>179</sup> Las bases de la convocatoria establecían que las respuestas erróneas debían restar 0,02 puntos y el tribunal de la oposición restó 0,33.

<sup>180</sup> “Lleva razón la Sala cuando concluye que fue el propio aquietamiento de la recurrente lo que determinó su distinta posición jurídica. Lo que no cabe compartir, en cambio, es que no se haya producido lesión del art. 23.2 C.E. Si la concursante fue excluida en virtud de una errónea calificación, cuando ésta es corregida por obra del recurso de terceros, la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual, a resolver el recurso a la luz del art. 23.2 C.E. Al no hacerlo, se

Resumiendo la doctrina, que ha sido reiterada en otras sentencias del Alto Tribunal, se considera que el incumplimiento de las normas reguladoras del proceso selectivo, aunque beneficie a unos candidatos frente a otros, no constituye una violación del derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 CE, sino una simple vulneración de la legalidad, siempre que dicha infracción de las normas de acceso sea aplicada a todos los aspirantes por igual. Solo cuando la infracción de las bases del proceso selectivo se aplique a unos candidatos y no a otros, considera el Tribunal que hay una desigualdad entre los participantes y, por ende, una vulneración del derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública.<sup>181</sup>

#### 5.3.2.2. *El peligro real de vaciamiento del derecho*

Ahora bien, esta consolidada doctrina del Tribunal Constitucional presenta peligros y contradicciones que es necesario destacar. Hemos visto que la igualdad en el acceso a la función pública exige la predeterminación de las normas de acceso, y que éstas no establezcan diferencias de trato injustificadas ajenas a los principios de mérito y capacidad, sin que puedan producirse pretericiones o acepciones *ad personam*. Pues bien, la aplicación estricta de la doctrina del Tribunal Constitucional podría suponer, a nuestro entender, un vaciamiento del contenido del derecho fundamental en la fase de aplicación de las

---

produce un vicio autónomo y distinto que genera el derecho a la reparación.” STC 10/1998, de 13 de enero, F.J. 5º.

<sup>181</sup> STC 107/2003, de 2 de junio, F.J. 6º: “El derecho fundamental garantizado por el art. 23.2 CE no se extiende a la legalidad como tal en el desarrollo de todo el proceso selectivo, sino que es, precisamente, un derecho a la igualdad en las condiciones de acceso a la función pública, lo que requiere, como en cualquier otro caso, la aportación de un término de comparación. No es suficiente, pues, para alcanzar la conclusión de que el art. 23.2 CE ha sido vulnerado el que se haya interpretado una determinada regla de acceso en un sentido que ha resultado favorable a un determinado opositor. Por el contrario, para que la desigualdad pueda ser apreciada es necesario que dicha interpretación no hubiera sido extendida a los demás opositores.”

En la misma línea doctrina, ver las SSTC 99/1999, de 31 de mayo y 30/2008, de 25 de febrero.

normas de acceso por los órganos de selección. En la STC 73/1998 comentada, hemos visto como el órgano calificador, sin justificación alguna, incumplió la base que establecía un número mínimo de pulsaciones para superar el ejercicio, lo que supone vulnerar los principios de mérito y capacidad fijados por las normas que regulan el acceso. Además, como reconoce la propia sentencia, favoreció a una determinada opositora frente a otra, produciéndose, aparentemente, una clara reserva de plaza a favor de una de las dos concursantes. Amparar, como hace la doctrina del Alto Tribunal, en que esta vulneración constituye solamente una infracción de la legalidad pero no una quiebra del derecho fundamental, supone, como señala acertadamente JIMENEZ DE PARGA en su voto particular, “una grave restricción del ámbito de operatividad del referido derecho a la sola fase del establecimiento de las condiciones de acceso” al no extenderlo a la interpretación discriminatoria que de las mismas pueda producirse en el total desarrollo del proceso selectivo.

## **6. GARANTÍAS DEL DERECHO**

El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a la función pública está protegido por las garantías que la Constitución establece para todos los derechos fundamentales, así como por un conjunto de garantías específicas establecidas por el legislador.

### **6.1. Requisitos del procedimiento de selección como garantía del derecho**

La doctrina que se ha ocupado de este derecho fundamental, así como la jurisprudencia que a lo largo de los años ha venido dictando el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, han delimitado una serie de requisitos en el procedimiento de selección que se consideran

esenciales para la efectividad del derecho. Estas exigencias han cristalizado como auténticas garantías del derecho fundamental, mediante su reconocimiento legal en el EBEP, que en su art. 55.2 establece que las Administraciones públicas deberán seleccionar a su personal funcionario mediante procedimientos en los que se garanticen los principios que se exponen a continuación.

### **6.1.1. Publicidad de las convocatorias y sus bases**

La primera de las garantías para una plena efectividad del derecho a la igualdad en el acceso a la función pública es la publicidad de las convocatorias y las bases de los procesos selectivos. Ello implica la difusión efectiva de unas y otras por medios de publicidad adecuados y legalmente previstos, de manera que se haga posible su conocimiento por cualquier interesado. Con ello tratan de evitarse procesos ocultos o únicamente publicitados mediante procedimientos de acceso restringido, al objeto de impedir la competencia y reservar la plaza para un determinado aspirante.

Esta vinculación del principio publicidad con el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública ha sido puesto de manifiesto de manera clara por nuestro Tribunal Constitucional en la STC 85/1983, de 25 de octubre:

“...(la publicación) es algo esencial a la convocatoria y ha de ser lo suficientemente eficaz para que se cumplan los principios y fines del procedimiento de selección de los que van a integrarse en los cuadros de la Administración y, en definitiva, desde la perspectiva de los aspirantes al empleo público, servir al acceso en condiciones de igualdad a la función pública, derecho este incluido en el catálogo de los derechos fundamentales (art. 23.2 CE) y, desde el lado de la Administración, satisfacer el interés público facilitando la mayor concurrencia de aspirantes.”

En la misma línea el Tribunal Supremo, en la STS 4107/91, de 16 de mayo,<sup>182</sup> establece el efecto invalidante que produce sobre el proceso selectivo la defectuosa publicación oficial de la convocatoria, tratándose de un defecto insubsanable. Por todo ello, el legislador ordinario ha querido asimilar la publicidad con los principios de mérito y capacidad al incluirlo, en el art. 55.2 del EBEP<sup>183</sup>, dentro del catálogo de los principios rectores que han de presidir los procesos de selección para el acceso a la función pública.

En consecuencia, la publicidad de las convocatorias y las bases es inherente al carácter abierto y la libre concurrencia en los procesos selectivos y, por ende, constituye una garantía del derecho a la igualdad en el acceso. Si bien la publicidad, por si misma, no garantiza la efectividad del derecho fundamental, no es menos cierto que sin publicidad el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública no podrá considerarse nunca plenamente realizado.

---

<sup>182</sup> En el caso enjuiciado en la referida sentencia, las bases de la convocatoria, si bien se insertaron en el cuerpo del Boletín Oficial correspondiente, no figuraban en el sumario del Boletín que las publicó. El Tribunal Supremo entendió que esta circunstancia mermó el conocimiento de la convocatoria, produciéndose una desigualdad entre las personas que, aspirando a tomar parte en el concurso convocado para la provisión de una plaza de Letrado Consistorial, tuvieron conocimiento de la fecha de la convocatoria para su provisión, y los que desconocían ésta por no figurar en el sumario del B.O de la Región.

<sup>183</sup> Art. 55.2 EBEP:

Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el art. 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados (igualdad, mérito y capacidad), así como los establecidos a continuación:

- a) Publicidad de las convocatorias y sus bases.
- b) Transparencia
- c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.
- d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.
- e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones y tareas a desarrollar.
- f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

### **6.1.2. Transparencia en el proceso de selección**

La transparencia en el proceso de selección constituye asimismo una garantía necesaria del derecho a la igualdad en el acceso a la función pública. Por ello, el EBEP, al igual que ocurre con la publicidad, incluye la transparencia entre los principios que han de regir el proceso selectivo.<sup>184</sup>

Como ha señalado la doctrina<sup>185</sup>, este principio se circunscribe al ámbito de gestión del procedimiento selectivo, exigiendo que todos los trámites del mismo sean claros y conocidos por los aspirantes. Con ello se pretende facilitar el control ante posibles arbitrariedades de los órganos de selección dificultando el oscurantismo propio de los procesos *ad personam* y facilitando el posterior control jurisdiccional.

La transparencia debe proyectarse sobre la totalidad del procedimiento selectivo, de tal manera que los aspirantes puedan conocer todos aquellos actos que les afecten directa o indirectamente, estando los órganos de selección obligados a proporcionárselos.<sup>186</sup>

Esta obligación de transparencia es esencial en los aspectos nucleares del proceso, como por ejemplo los criterios para superar las pruebas, las calificaciones obtenidas, la revisión de las pruebas realizadas o la baremación de los méritos.<sup>187</sup>, No obstante también se

---

<sup>184</sup> Ver nota anterior

<sup>185</sup> M SÁNCHEZ MORÓN, "Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios", en VV.AA, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, (M. SÁNCHEZ MORÓN Dir.), Valladolid: Lex Nova, 2007, pág. 398; J. FONDEVILA ANTOLÍN, *La selección y pérdida ...*, cit. en nº 5, pág. 117; J.A. MARTÍNEZ CORRAL y R.S. MANZANA LAGUARDA, *Adquisición y pérdida de la condición de funcionario*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pág. 68 y ss.

<sup>186</sup> Un ejemplo de falta de transparencia lo proporciona J.M. GIMENO FELIU en "La necesidad de particularización en la valoración de méritos en aplicación de baremo", *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 63, 1989, pág 483 y ss., al estudiar un concurso anulado por la Audiencia territorio de Zaragoza en el que la puntuación final de la valoración de los méritos no aparecía desglosada, sino únicamente el resultado final, lo que impedía su posterior control.

<sup>187</sup> Un ejemplo muy ilustrativo lo proporciona la STS 66/2012 (Sala de lo Contencioso), de 18 de enero de 2012, en la que se entendió que se había vulnerado la transparencia en el proceso de selección y, por ende, el derecho a acceder en condiciones de igualdad de los opositores, al no haber publicitado el tribunal calificador la nota de corte, es

proyecta sobre otros aspectos más propios de la tramitación del procedimiento, como el orden de llamamiento o la selección de los miembros del tribunal. Ahora bien, la transparencia tiene asimismo sus límites, como el carácter reservado de las deliberaciones del órgano de selección, que en todo caso debe ser respetado.

### **6.1.3. Imparcialidad de los miembros de los órganos de selección**

Es innegable que la composición de los órganos de selección constituye una pieza clave para que el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública no sea una mera declaración de intenciones, pues, al fin y a la postre, en sus manos está la resolución del proceso selectivo. Por ello el EBEP incluye la imparcialidad de los miembros de los órganos de selección entre los principios rectores que han de regir el acceso al empleo público.<sup>188</sup>

La imparcialidad se refiere a la selección y composición de los órganos de selección que deberán ser la primera garantía de que su actuación se conduce exclusivamente por criterios de igualdad, mérito y capacidad.

Ahora bien, como señala acertadamente el profesor SÁNCHEZ MORÓN<sup>189</sup>, no basta con proclamar la imparcialidad, que en principio se presume a todos, sino que es necesario garantizarla con las previsiones normativas oportunas. Por ejemplo, estableciendo la obligación de que los órganos de selección sean colegiados, impidiendo de esta manera que recaiga en una única persona la resolución de proceso selectivo. Igualmente parece necesario excluir de los órganos de

---

decir, la nota por debajo de la cual los aspirantes eran calificados como no aptos, ni las variables a tener en cuenta para su calificación con anterioridad a la realización de un determinado ejercicio. En ese sentido el TS entiende que establecer la nota de corte y los criterios de valoración después de haber realizado el ejercicio implica un riesgo de manipulación de los resultados *ad personam*.

<sup>188</sup> Ver nota nº 183.

<sup>189</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN, “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, op. cit, pág. 399.



selección al personal de elección o designación política, así como al personal eventual e interino, que no gozan de la especial protección que la inamovilidad otorga al funcionario de carrera. Por ello, el propio EBEP contempla estas reglas en su articulado, como garantía de la imparcialidad de los miembros de los órganos de selección.<sup>190</sup>

#### **6.1.4. La independencia en la actuación de los órganos de selección**

Por independencia de los órganos de selección hay que entender que éstos han de actuar al margen de instrucciones e influencias de personas o instituciones con intereses distintos de los principios de igualdad, mérito y capacidad. En suma, es lo que el Tribunal Supremo ha calificado como independencia funcional de los Comités de selección o tribunales<sup>191</sup>. Como señala la doctrina<sup>192</sup>, si el principio de imparcialidad se ocupaba de la composición de los tribunales de selección, el principio de independencia se refiere a la actuación de los mismos. Por ello el EBEP ha incluido la independencia de los órganos de selección entre los principios rectores del acceso al empleo público, estableciendo como garantía que la pertenencia a los órganos de

---

<sup>190</sup> Art. 60 EBEP. Órganos de selección:

1. Los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre hombres y mujeres.
2. El personal de elección o designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección.
3. La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie.

<sup>191</sup> STS 7605/1996 (Sala de lo Contencioso), de 28 de diciembre, F.D. cuarto.

<sup>192</sup> J.M. PÉREZ GÓMEZ, "Acceso a empleo público y adquisición de la relación de servicios en VV.AA. *Comentarios a la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público* (A. PALOMAR OLMEDA y A.V. SEMPERE NAVARRO, Dir), Cizur-Menor: Thomson-Aranzadi, 2008, pág 493.

selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie.<sup>193</sup>

## **6.2. Las garantías jurisdiccionales del derecho**

Las garantías de este derecho fundamental se despliegan en una doble dirección: por un lado frente a las desigualdades que el legislador pudiera establecer al regular normativamente el acceso a la función pública; por otro lado, frente a aquellas discriminaciones que la Administración pública pudiera cometer en la aplicación de dichas normas, especialmente en la actuación de los tribunales de selección.

### **6.2.1. Frente a la desigualdad de condiciones en la ley**

La regulación normativa del acceso a una determinada función pública viene siempre precedida de una ley que establece los aspectos esenciales de la misma. Recordemos que el propio art. 23.2 CE remite a “los requisitos que señalen las leyes”, el desarrollo de este derecho fundamental. Por ello, bien las leyes que regulan la función pública, bien las leyes que regulan determinados ámbitos sectoriales como la educación, establecen los principios básicos que ha de regir en el acceso a la función pública. Frente a violaciones del derecho fundamental que procedan de estas leyes sólo cabe, como es bien sabido, el recurso de inconstitucionalidad o la cuestión de inconstitucionalidad, con las limitaciones que en materia de legitimación que ambos procedimientos presentan.<sup>194</sup>

---

<sup>193</sup> Ver notas 183 y 190.

<sup>194</sup> La Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, limita en su art. 32, la legitimación para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad al presidente del gobierno, el defensor del pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores y, en algunos casos, los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas. Por su parte el art. 35 de la misma Ley limita la cuestión de inconstitucionalidad a los jueces y tribunales, bien de oficio o a instancia de parte.

A partir de la correspondiente ley, un reglamento desarrolla todos los aspectos relativos al acceso, como son los requisitos, méritos, procedimiento selectivo, etc.<sup>195</sup> Por último la convocatoria de la concreta oposición y sus bases reguladores concretan y desarrollan los mínimos detalles del proceso selectivo. Sin entrar a valorar la naturaleza jurídica de la convocatoria de oposiciones como acto administrativo y no norma reglamentaria, que ha sido objeto de abundante estudio por la doctrina<sup>196</sup>, es aquí donde los ciudadanos que ven vulnerado su derecho al acceso a la función pública encuentran las garantías jurisdiccionales propias de todo derecho fundamental. En concreto existe la posibilidad de impugnar las normas reguladoras del acceso mediante el procedimiento sumario y especial de tutela de derechos fundamentales<sup>197</sup>, y frente a dicha sentencia interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Ahora bien, el Alto Tribunal se limita, en estos casos, a enjuiciar desde la perspectiva de la constitucionalidad y no de la legalidad ordinaria., pues como ha señalado reiteradamente<sup>198</sup>, el art. 23.2 CE no reconoce un pretendido derecho a la observancia de la legalidad en el acceso a las funciones públicas ni corresponde al Tribunal revisar la valoración del material probatorio o la interpretación de la normativa aplicable.

---

<sup>195</sup> Como ejemplos de reglamentos reguladores del acceso a la función pública podemos citar el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado o en el ámbito educativo el Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

<sup>196</sup> Un estudio sobre la naturaleza jurídica de la convocatoria y sus bases de los procesos selectivos y las diferentes posturas doctrinales, lo proporciona J.B. LORENZO DE MEMBIELA en *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración pública, conforme a la Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Cizur Menor: Aranzadi, 2009, pág. 266 y ss.

<sup>197</sup> Regulado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en sus artículos 114 a 122.

<sup>198</sup> Ver entre otras la STC 115/1996, de 25 de junio F.J. 4º

### **6.2.2 Frente a la desigualdad en la aplicación de las normas reguladoras del acceso**

La aplicación de las normas reguladoras del acceso también puede también vulnerar el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, especialmente las decisiones de los órganos administrativos de selección que pueden ser objeto de recurso de amparo. No obstante la revisión jurisdiccional de los actos de los órganos de selección plantea importantes interrogantes que es necesario aclarar.

#### *6.2.2.1. La discrecionalidad técnica de los órganos de selección*

Íntimamente vinculada a la independencia de los órganos de selección, se encuentra la discrecionalidad técnica de los mismos, que el EBEP también incluye entre los principios rectores que han de regir el acceso al empleo público.<sup>199</sup> SÁNCHEZ MORÓN define la discrecionalidad técnica como “la capacidad autónoma de valoración de los méritos y capacidades de los candidatos por parte de los miembros de los órganos de selección, dentro de los términos de las convocatorias y sus bases.”<sup>200</sup> Ello implica que los órganos de selección no pueden ser sustituidos por ningún otro órgano administrativo o judicial, en su tarea de determinar qué candidatos han de superar el proceso selectivo e ingresar en la función pública.

Ahora bien, la labor de los tribunales y comisiones calificadores durante los procesos selectivos es compleja y comprende actuaciones de diferente naturaleza que es preciso analizar. Una de esas tareas suele ser la valoración de los méritos de los aspirantes, que en muchos casos

---

<sup>199</sup> Ver nota 178.

<sup>200</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN, “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, cit. en n° 185, pág. 399

no pasa de ser una labor estrictamente matemática, como por ejemplo cuando se puntúa la experiencia o la formación previa según los baremos de las bases.

Más complejo resulta el trabajo de los órganos calificadores cuando se trata de valorar la capacidad de los aspirantes en la fase de oposición. Aquí también podemos encontrarnos con distintas situaciones, pues el catálogo de posibles pruebas selectivas es muy amplio y, por tanto, la tarea de los órganos evaluadores puede ser muy diversa según los casos. No obstante, podríamos sintetizar distinguiendo dos grandes tipos de pruebas.

Por un lado, nos encontramos con frecuencia pruebas cuyo resultado es objetivable y absolutamente indubitado, como por ejemplo la solución a una operación matemática, la determinación del plazo máximo para interponer un recurso administrativo, o judicial o la superación de una determinada prueba física.

Por otro lado también nos encontramos, en el amplio panorama de oposiciones que pueblan las ofertas de empleo en nuestro país, numerosas pruebas para cuya valoración los órganos de selección formulan juicios técnicos, basados en sus conocimientos especializados, que no pueden ser objetivamente contrastables como en el caso anterior, y que indudablemente tienen una carga subjetiva en cada uno de los miembros de los tribunales o comisiones de selección. Es el caso de la valoración de las exposiciones orales de los candidatos a una determinada plaza, situación en la que es frecuente que la valoración de los miembros del órgano calificador no sea coincidente, al influir en la misma aspectos que es imposible objetivar como si de una operación matemática se tratara. Esta segunda actividad es a la que se denomina por la doctrina<sup>201</sup> y jurisprudencia como discrecionalidad técnica de los órganos selectivos, en cuanto éstos realizan un juicio o valoración

---

<sup>201</sup> Ver en esta materia J.L. PIÑAR MAÑAS, “El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones”, en *Documentación Administrativa*, n° 220, 1989, págs.. 146 y ss; J. B. LORENZO DE MEMBIELA, *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, cit. en n° 196, pág. 295 y ss.

técnica de los méritos y capacidades de los candidatos, basándose en los conocimientos especializados de los miembros del tribunal calificador. Por eso el Tribunal Constitucional ha manifestado que esos juicios valorativos han de quedar reservados a los órganos selectivos de carácter exclusivamente técnico, sin que puedan ser sustituidos o revisados por otros órganos administrativos de diferente naturaleza y capacitación.

Como señala el Alto Tribunal en la STC 166/2001 “puede en ocasiones resultar difusa la frontera entre lo que es un juicio estrictamente técnico respecto de las condiciones de mérito y capacidad de los candidatos (competencia exclusiva de la comisión evaluadora, según la STC 26/1987, de 27 de febrero), de un lado y, de otro, la revisión que corresponde a la Comisión de reclamaciones, consistente en un juicio negativo, de mera verificación de que no se han quebrado los principios de igualdad, mérito y capacidad, valoración que se ha de mover en el plano de lo manifiesto o evidente.”<sup>202</sup>

#### *6.2.2.2. El problema del control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica*

Una vez delimitado el ámbito de la discrecionalidad técnica de los órganos de selección, la pregunta que cabe formularse es si pueden los tribunales de justicia controlar, anular o incluso corregir las decisiones que los órganos de selección en el ejercicio de su discrecionalidad técnica.

El Tribunal Constitucional, si bien en un primer momento se mostró reacio a la fiscalización de las valoraciones de los órganos de selección<sup>203</sup>, ha aceptado el pleno control jurisdiccional de los procesos

---

<sup>202</sup> STC 166/2001, de 16 de julio, F.J. 3º.

<sup>203</sup> Ver STC 39/1983, de 17 de mayo, que afirma que “la revisión judicial no alcanza lo que propiamente es discrecionalidad técnica, porque otra cosa, más que un control de legalidad, supondría la superposición del juicio discrecional del Tribunal sobre el del órgano técnico.”

selectivos, acabando con el inadmisibles viejo dogma de la *soberanía* de los Tribunales de concursos y oposiciones.<sup>204</sup> Como señala nuestro Alto Tribunal<sup>205</sup>, “el reconocimiento de la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho, que la Constitución eleva a núcleo central que preside el obrar administrativo (art. 103.1 CE), equivale a una prohibición generalizada de áreas de inmunidad en esta parcela del ordenamiento jurídico.” Por ello “ni el art. 24.1 ni el 23.2 CE incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica”.<sup>206</sup> Ahora bien, el hecho de que los tribunales de justicia puedan enjuiciar la legalidad de las actuaciones de los órganos de calificación en oposiciones y concursos, no implica que deba admitirse que puedan sustituir a éstos en lo que sus valoraciones tiene de apreciación técnica. De admitirse esta posibilidad se llegaría a la situación absurda de que los órganos judiciales deberían fiscalizar la actuación de las comisiones de selección de acuerdo a criterios no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una determinada disciplina técnica.

Esto no supone la eliminación del control judicial, sino que dicho control tiene, por su propia naturaleza, ciertos límites o modulaciones.<sup>207</sup> Así lo pone de manifiesto de manera clara la STC 353/1993, de 29 de noviembre. Según esta ilustrativa sentencia, la existencia de un ámbito de discrecionalidad administrativa técnica en determinados supuestos, entre los que se encuentra la calificación de exámenes y pruebas en las oposiciones y concursos, no supone la desaparición de la tutela judicial efectiva. El acto administrativo de calificación podrá ser objeto de la acción fiscalizadora de los Tribunales

---

<sup>204</sup> Esta calificación la realiza J.L. PIÑAR MAÑAS, “El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones”, op. cit., págs. 138 y ss., reseñando al respecto diversas resoluciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

<sup>205</sup> STC 34/1995, de 6 de febrero, F.J. 3º.

<sup>206</sup> STC 138/2000, de 29 de mayo, F.J. 4º.

<sup>207</sup> STC 39/1983, de 17 de mayo, F.J. 4º.

de Justicia. Lo que sucede en tales casos, según el Tribunal, es que la revisión jurisdiccional –en cuanto la valoración del tribunal calificador en lo que de apreciación técnica tenga en sí misma escapa al control jurídico- experimenta determinadas modulaciones o limitaciones que encuentran su fundamento en una presunción de razonabilidad o de certeza de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Ahora bien, aquella presunción, en tanto que presunción *iuris tantum*, también podrá desvirtuarse si se acredita la infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado.<sup>208</sup>

En suma, las decisiones técnicas adoptadas por los órganos de selección gozan de una presunción *iuris tantum* de certeza y razonabilidad, apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos establecidos para realizar las calificaciones. Sólo en el caso de que se acredite la voluntad viciada del órgano selectivo, o la existencia de errores palmarios o groseros, podrían anularse sus decisiones en lo que tiene de discrecionales, pues atentaría contra los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

En consecuencia es muy importante discernir aquellas decisiones de los tribunales de selección en las que se precisa un juicio o ponderación técnica de los méritos y capacidades de los candidatos, que gozarán de un amplio margen de discrecionalidad, de aquellas otras resoluciones cuya evaluación viene predeterminada por criterios objetivos o matemáticos, en las cuales el órgano calificador se limita a aplicar datos numéricos incompatibles con cualquier juicio de discrecionalidad.<sup>209</sup>

---

<sup>208</sup> Para analizar el concepto de discrecionalidad frente al de arbitrariedad, ver T. RAMÓN FERNÁNDEZ, “Arbitrariedad y discrecionalidad” en VV.AA. *Estudios sobre la Constitución Española (homenaje al profesor Enterría)*, vol. III, Madrid: Civitas, 1991, págs. 2298 y ss.

<sup>209</sup> En este sentido la jurisprudencia tiende a diferenciar, además, que los juicios técnicos de selección se hayan emitido bien en fase de oposición, bien en los



Sin embargo esta doctrina sobre la discrecionalidad técnica de los tribunales de selección en los procesos de acceso a la función pública no ha sido, ni mucho menos, pacífica. La jurisprudencia, especialmente la del Tribunal Supremo, se ha debatido en esta materia entre posiciones defensoras de la más absoluta discrecionalidad a favor de los órganos de selección, frente a otras favorables a reducir el ámbito de discrecionalidad administrativa.<sup>210</sup> Es relevante en esta materia la STS 1419/2011, de 16 de febrero,<sup>211</sup> en la que se anula una pregunta de un cuestionario de respuestas alternativas en un proceso de selección, pues los razonamientos de la sentencia van más allá de la asentada doctrina de este Tribunal Supremo. Así el Tribunal sostiene que el control jurisdiccional no puede limitarse “a ser una revisión meramente formal, sino que ha de penetrar en el fondo del asunto”, y para ello no duda en admitir “la realización de las pruebas pertinentes que lleven a la conclusión del error”. De consolidarse esta doctrina podríamos adentrarnos en el peligroso sendero de la proliferación de pruebas periciales que valorasen la corrección del criterio técnico de los órganos de selección.

---

concursos de méritos, pues como dice la STS 1876/1986, (Sala de lo Contencioso), de 17 de abril, F.D. tercero: “Para calificar los ejercicios teóricos o prácticos de una oposición el tribunal goza de una soberanía y discrecionalidad inevitable, que no consiente objeción, contradicción o revisión por parte de la Administración....En cambio no dispone de aquellas, pudiendo en consecuencia ser fiscalizado y revisado en toda su extensión, cuando se trata de la estimación objetiva de méritos y de aplicar el baremo correspondiente, por ser este un elemento objetivo y normativo.”

<sup>210</sup> Para un análisis de la evolución de la jurisprudencia en esta materia es ilustrativo los trabajos de J.M. PEÑARRUBIA IZA, “La moderna jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica”, en *Revista de Administración Pública* nº 136, 1995, págs. 327 y ss y R.M. ILDEFONSO HUERTAS, “Los órganos de selección en el empleo público”, en *Justicia Administrativa* nº 12, 2001, pág. 25 y ss.

<sup>211</sup> Para un análisis de esta sentencia del TS, ver el trabajo de E. ARRIBAS LÓPEZ “La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2011: ¿el principio del fin de la discrecionalidad técnica de los órganos administrativos de selección de personal?” en *Diario La Ley* nº 7862, 2012.

Igualmente diferentes posiciones doctrinales sobre esta materia han sido sostenidas por autores diversos. Así, un sector doctrinal<sup>212</sup> propugna la fiscalización absoluta de las actuaciones de los órganos selectivos, incluida su apreciación técnica o científica, es decir, su discrecionalidad técnica. Según este sector doctrinal, el derecho a la tutela judicial efectiva exige que los jueces controlen la justeza con que se aplicaron los criterios técnicos, practicando incluso pruebas periciales con técnicos de igual o superior categoría a los que integraban los órganos de selección.

Otras voces autorizadas defienden, por el contrario, que la discrecionalidad técnica sólo puede ser ejercida por los órganos de selección, por sus concretos conocimientos profesionales sobre la materia, sin perjuicio del control de la legalidad de la actuación administrativa, pero sólo de la legalidad, “sin veleidades que pretendan sustituir el funcional ámbito de la actuación administrativa”.<sup>213</sup>

Probablemente la solución a este permanente conflicto no sea fácil dadas las dificultades materiales o prácticas que implica ejercer el control jurídico sobre el ejercicio de la discrecionalidad técnica. Se trata de un tema sin duda clave, pues la plena efectividad de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, depende, en gran medida del recto proceder de los órganos de selección. Por ello, como señala el profesor SÁNCHEZ MORÓN<sup>214</sup>, la solución está más en el desarrollo de los valores cívicos de la sociedad que en otra cosa. No obstante, el derecho puede contribuir a esa solución perfeccionando la composición de los tribunales de selección, mejorando los sistemas selectivos y exigiendo una estricta observancia a las normas y

---

<sup>212</sup> Entre otros, J.L. PIÑAR MAÑAS, “El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones”, cit. en nº 201, pág. 149. De la misma opinión es T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en *Arbitrariedad y discrecionalidad*, op. cit., págs. 54 y ss.

<sup>213</sup> A. SÁNCHEZ BLANCO, “La discrecionalidad técnica de los tribunales de oposiciones y concursos”, *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 30, Madrid, 1981, pág. 574.

<sup>214</sup> M. SANCHEZ MORÓN, *El derecho de la función pública* 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2008, pág. 145.

procedimientos fijados, de manera que se genere más transparencia y puedan evitarse y corregirse abusos y arbitrariedades.

## **CAPÍTULO II**

# **LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE MÉRITO Y CAPACIDAD**

### **1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD**

Los principios de mérito y capacidad, tal y como los concebimos hoy en día, se encuentran indisolublemente unidos al principio de igualdad en el acceso a la función pública. Sin embargo la simbiosis entre estos principios es fruto de un largo proceso evolutivo, y la historia de la función pública europea y americana demuestra que igualdad, mérito y capacidad no siempre han ido de la mano.

Ya hemos analizado en un capítulo anterior que el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública surge como reacción frente a los privilegios que, durante el Antiguo Régimen, gozaban ciertas clases sociales para el desempeño de empleos y cargos públicos que monopolizaban. Si bien es cierto que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 habla de capacidades, virtudes y talentos para el acceso a cargos y empleos públicos, dichas expresiones no eran sino el rechazo a cualquier forma de privilegio. Por tanto, el mérito y la capacidad, en aquel momento, no se conciben como principios reguladores del acceso a los empleos públicos, ni imponen sistemas de selección competitivos, sino que buscan fundamentalmente la eliminación de los privilegios que gozaban ciertas clases sociales. Por ello se vinculan las virtudes y talentos en el acceso a los cargos y empleos públicos con la igualdad ante la ley, siendo estos principios el contrapunto necesario a los anteriores privilegios personales y de casta del Antiguo Régimen. La sociedad civil trataba, en suma, de imponerse a la sociedad estamental.

Los principios de mérito y capacidad, tal y como los entendemos en nuestros días, forman parte de la cristalización de una función pública moderna asentada en el sistema de mérito, frente a los antiguos sistemas de patronazgo o confianza política.

### **1.1 Los principios de mérito y capacidad y la función pública moderna**

Los actuales sistemas de función pública son fruto de una evolución histórica que va, desde antiguas Administraciones basadas en el patronazgo y la confianza política, hasta las modernas organizaciones administrativas de carácter meritocrático que encontramos en las democracias modernas. Ello se traduce, por un lado, en el acceso al empleo público de acuerdo a criterios de mérito y capacidad. Por otro, en la inamovilidad de los funcionarios públicos como garantía de su objetividad e independencia.

#### ***1.1.1 Sistema de mérito frente a sistema de confianza política***

El sistema de mérito (*merit system*), tal y como lo concebimos en la actualidad, es fruto de un proceso histórico que tuvo sus primeras manifestaciones en Estados Unidos y Gran Bretaña. La Constitución de Estados Unidos, a diferencia de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, no contempla referencia alguna a virtudes y talento. Así el sistema de patronazgo, o de confianza política, fue el modelo de función pública que inicialmente se ensayó en aquel país. En su virtud, cada cambio de gobierno llevaba consigo el cese de la práctica totalidad de los empleados públicos y su sustitución por otros de confianza del nuevo gobierno. Este modelo, basado en la desconfianza hacia el Estado y el funcionariado permanente, se veía como una forma de democratizar la función pública, asegurando la sintonía con el poder político elegido democráticamente.

El establecimiento del sistema de patronazgo en Estados Unidos suele vincularse con el Presidente Andrew Jackson, cuya campaña giró en torno a la necesidad de dar representatividad al gobierno y hacer accesibles los empleos públicos al *commonman*. Como señala PRATS i CATALA<sup>215</sup>, el sistema de patronazgo funcionó razonablemente bien a lo largo de casi todo el siglo XIX, al final del cual los profundos cambios que experimentó Estados Unidos lo hicieron degenerar en el sistema de botín, o *spoil system*, y su sustitución por el sistema de meritocrático. El fuerte crecimiento económico que experimentó Estados Unidos tras la Guerra Civil y la consiguiente expansión de los servicios y empleos públicos hicieron que el sistema de patronazgo fuera inadecuado e ineficaz para resolver los problemas de una Administración cada vez más compleja, y acabó degradándose y generando una grave crisis en los servicios del Estado. Ello llevó al Senado a aprobar la *Pendleton Act* en 1883, que crea la *Civil Service Commission*, dando así el primer paso para el establecimiento de un sistema de mérito en la función pública estadounidense.

Un proceso similar se desarrolló en Inglaterra a principios del siglo XIX, en donde el acceso a los empleos públicos, por reminiscencia del Antiguo Régimen, seguía basándose en un sistema de patronazgo. En este caso, fue el desastre militar en la Guerra de Crimea, dirigida por unos mandos militares seleccionados por ese mismo sistema, la que convenciera de la irracionalidad del modelo y de la necesidad de su

---

<sup>215</sup> J.PRATS i CATALA, en su interesante estudio sobre “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito”, *Documentación Administrativa* n° 241 – 242, 1995, pág. 26 y ss. hace un profundo análisis sobre la evolución de la función pública en Estados Unidos desde un sistema de patronazgo o confianza, hasta un sistema de mérito. Según su fundada opinión “si el patronazgo fue una institución con fuerte apoyo popular y que ayudó al desarrollo económico y social hasta la Guerra Civil se debe a que, aunque rebajó los niveles de competencia profesional, objetividad y seguridad jurídica, estos no eran los valores económicos y sociales fundamentales del tiempo (el sistema económico estadounidense no era todavía un mercado integrado, las externalidades económicas eran limitadas, la intervención regulatoria escasa y las inversiones privadas en capital fijo no eran cuantiosas). En contraste, procuró compromiso, dedicación, receptividad y responsabilidad. Sólo los que habían destacado por su entrega, entusiasmo y acierto al servicio del partido calificaban para ser designados empleados públicos.”

sustitución por un *Civil Service* basado en una sólida formación de los funcionarios, seleccionados conforme a sus competencias.<sup>216</sup>

### ***1.1.2. Los fundamentos del sistema de mérito en la función pública moderna***

El sistema de mérito que caracteriza la función pública moderna presenta una serie de características que, con sus variantes y rasgos propios, son comunes a todas las democracias consolidadas.

Una de sus exigencias es que el acceso a los empleos públicos se realice mediante criterios de mérito y capacidad, lo que implica la realización de sistemas abiertos y competitivos de selección. La selección de los más aptos es una garantía de la eficacia de los complejos aparatos burocráticos de los Estados actuales. Ahora bien, el sistema de mérito que caracteriza a la función pública moderna no se basa exclusivamente en la exigencia de pruebas competitivas y abiertas en el acceso. La experiencia española e internacional ofrece numerosos ejemplos de acceso a los empleos públicos mediante sistemas más que cuestionables desde los mencionados principios de mérito y capacidad.

Tan importante como el acceso es la existencia inamovilidad de los funcionarios públicos que se traduce en restricciones a su cese, que no podrá realizarse de manera arbitraria, sino por causas previamente establecidas en la ley. Esto garantiza la objetividad y la neutralidad política de los funcionarios, principios que han de presidir la actuación de los funcionarios profesionales, que quedan así protegidos frente a las presiones del poder político que caracterizaban a los viejos sistema de *spoil system*.

En suma, acceso mediante sistemas basados en la capacidad y el mérito, la inamovilidad de los funcionarios y la objetividad y neutralidad

---

<sup>216</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN en *Igualdad Mérito y Capacidad...*, cit. en nº 2, pág. 141 y ss. hace un ilustrativo repaso a la evolución histórica de los principios de igualdad, mérito y capacidad, recordando los sistemas de patronazgo o *spoil system* en Estados Unidos e Inglaterra.

política en su actuación, todo ello garantizado por un cuerpo regulatorio independiente, son las características esenciales del sistema de mérito propia de la función pública moderna.<sup>217</sup>

## **1.2. Mérito y capacidad en el constitucionalismo español**

El establecimiento de un sistema de mérito en la función pública española no ha sido un camino sencillo pues, aunque las distintas Constituciones históricas han reconocido estos principios en el acceso a los empleos públicos, la Administración española ha sido durante muchos años un ejemplo de lo que se denomina sistemas de botín o *spoil system* al servicio del interés político de turno.

### **1.2.1. El sistema de mérito en España con anterioridad a la Constitución de 1978**

En España, a pesar de que los principios de mérito y capacidad han estado presentes en todas la Constituciones desde la de 1837, los hechos se encargaban de desmentir tal pretensión<sup>218</sup>. La realidad es que, durante todo el siglo XIX, la historia del acceso a los empleos públicos está plagada de prácticas viciosas, frecuentemente amparadas por normas legales o reglamentarias, que desvirtuaron la igualdad de acceso a los cargos públicos mediante los principios de mérito y capacidad.

En primer lugar todas estas Constituciones atribuían al monarca la facultad para nombrar o remover a los empleados públicos<sup>219</sup>, lo que

---

<sup>217</sup> Estos rasgos que definen el sistema de mérito en las burocracias modernas, son enunciados, citando a WEBER, por J. PRATS i CATALA en “Los fundamentos institucionales...” op. cit. pág. 28.

<sup>218</sup> Vid. F. GARRIDO FALLA, *Reformas en la función pública*, Madrid: Tecnos, 1985, pág. 39.

<sup>219</sup> - Constitución de 1812. Artículo 171: “Además de la prerrogativa que corresponde al Rey de sancionar la leyes y promulgarlas, le corresponden como principales facultades las siguientes: ...5ª Proveer todos los empleos civiles y militares.”



suponía –de facto- la *amovilidad*, es decir, su libre remoción sin apenas trabas. Ello, unido a la gran inestabilidad política que caracteriza este periodo de nuestra historia, supuso la generalización de las llamadas *cesantías*, esto es, la depuración sistemática de los empleados públicos reclutados por el enemigo político, y su sustitución por otros nuevos funcionarios afectos al nuevo gobierno<sup>220</sup>.

Otra práctica generalizada durante todo el siglo XIX y parte del XX, fue la militarización de los empleos civiles, normalmente con la finalidad de recolocar a los numerosos excedentes militares procedentes de diferentes conflictos bélicos. La legislación de este periodo está plagada de normas en este sentido, entre las que destaca la Ley de 10 de julio de 1885, conocida como la Ley de Sargentos. Así, en algunos momentos de nuestra historia, la Administración parecía estar pensada, más como un refugio de guerreros excedentes, que como organización administrativa eficaz.

Cierto es que también hubo loables intentos de modernización de la Administración Pública y, por ende, de los sistemas de selección de su personal. No obstante, fueron ensayos aislados que no tuvieron la continuidad necesaria para su generalización a la totalidad de la función pública española. Ejemplo de ello fueron las Reformas de López

---

- Constitución de 1837. Artículo 47: “Además...al Rey le corresponde:...9º Nombrar todos los empleados públicos y conceder honores y distinciones de todas clases, con arreglo a las leyes.”

- Constitución de 1845. Artículo 47: Igual al art. 47.9º de la Constitución de 1837.

- Constitución de 1869. Artículo 73: “...corresponde al Rey:...2º Conferir los empleos civiles y militares con arreglo a las leyes.”

- Constitución de 1876. Artículo 54: “Corresponde además al Rey:...8º Conferir los empleos civiles y conceder honores y distinciones de todas clases, con arreglo a las leyes.”

<sup>220</sup> Esta situación es claramente ilustrada en el trabajo de E. GARCÍA ENTERRÍA *La fonción publique en Espagne*, Paris 1974-75, págs. 198-199, citado en R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Políticas de selección en la función Pública Española (1808-1978)*, cit. en nº 20, pág. 169: “El funcionario era el botín de guerra del partido vencedor; el principio constitucional que definía el nombramiento de los empleos públicos como prerrogativa del Ejecutivo, fue sistemáticamente invocado, lo que de hecho permitía (e incluso determinaba) la ausencia de una Administración verdaderamente construida y fuerte”.

Ballesteros<sup>221</sup> de 1828 -si bien circunscrita sólo a Hacienda- y de Bravo Murillo<sup>222</sup> de 1852, ambas buscando la profesionalización de la función pública.

Con la llegada del siglo XX se producen importantes cambios en la Administración Pública española y, fundamentalmente, en los procesos de reclutamiento de sus funcionarios. En concreto se aprueba la Ley de Bases de 22 de julio de 1918, que establecía un nuevo Estatuto de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado. Esta Ley, conocida como el Estatuto Maura al ser aprobada bajo su gobierno, supuso dos avances importantes en la política de selección en la función pública española. En primer lugar, se generaliza el sistema de oposición como vía de acceso a la función pública, si bien este sistema ya había venido implantándose en el acceso a los cuerpos especiales.

En segundo lugar, se produjo el que se considera el principal avance del Estatuto Maura, garantizar la inamovilidad al conjunto de empleados públicos que dependían de la Administración. En la base 5ª, así como en los artículos 62 y ss. del reglamento de 7 de septiembre, se establecía que los funcionarios “no podrían ser declarados cesantes sino en virtud de expediente gubernativo, instruido con audiencia del interesado, por faltas graves de moralidad, desobediencia o reiterada negligencia en el cumplimiento de los deberes del cargo”. No obstante, a continuación se determinaba que “tan sólo por conveniencia del servicio el Consejo de Ministros podía acordar discrecionalmente la cesantía o separación de cualquier funcionario”. Con esta Ley el *spoil system*

---

<sup>221</sup> Una valoración positiva de la reforma de López Ballesteros es la del profesor A. NIETO GARCÍA, en *La retribución de los funcionarios públicos en España. Historia y actualidad*, Madrid: Revista de Occidente, 1967, pág. 91 y ss.

<sup>222</sup> Vid. L. JORDANA DE POZAS, “Bravo Murillo y los funcionarios públicos” en *Boletín de la Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País*, nº 52, 2004, págs. 253 a 262. Igualmente, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Administración española: estudios de ciencia administrativa* 6ª ed., Madrid: Civitas, 1999, págs. 171 y ss.

“desaparece legalmente”<sup>223</sup>, sentándose las bases para una normalización de las políticas de reclutamiento de funcionarios.

La llegada de la República supone la aprobación de una nueva Constitución en el año 1931, que en su artículo 41 garantizaba por primera vez la inamovilidad de los funcionarios públicos<sup>224</sup>, estipulando también que ningún funcionario podía ser molestado ni perseguido por sus opiniones políticas, sociales o religiosas.

Sin embargo, los preceptos constitucionales no coinciden muchas veces con la práctica cotidiana de los hechos. Como relata JIMÉNEZ ASENSIO<sup>225</sup>, la Segunda República no se caracterizó precisamente por un cumplimiento leal y firme de las previsiones contempladas en el artículo 40 de su Constitución. El enchufismo y el clientelismo siguieron vivos en la cultura burocrática republicana, si bien no con el carácter determinante y generalizado de las etapas anteriores.

Tras la Guerra Civil, el advenimiento del Régimen Franquista supone la total demolición de la administración republicana y la constitución de un aparato administrativo de nuevo cuño. En una primera etapa, que abarca el prolongado periodo de posguerra (1936 a 1956), las depuraciones de los funcionarios no adictos al régimen fueron masivas, siendo el sector docente el más castigado por las operaciones de limpieza. Esto supuso un gran drama para la Administración española, que se vio privada de miles de funcionarios profesionales en los distintos ámbitos de la función pública. En cuanto a la selección de los funcionarios, se suspendieron las oposiciones y concursos y se inició un proceso de ocupación de la Administración por

---

<sup>223</sup> J.A GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo vol. III*, Madrid: pág. 247 y ss.

<sup>224</sup> Constitución de 1931. Artículo 41: “Los nombramientos, excedencias y jubilaciones de los funcionarios públicos se harán conforme a las leyes. Su inamovilidad se garantiza por la Constitución. La separación del servicio, las suspensiones y los traslados sólo tendrán lugar por causas justificadas previstas en la ley. No se podrá molestar ni perseguir a ningún funcionario público por sus opiniones políticas, sociales o religiosas....”

<sup>225</sup> R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Políticas de selección en la función Pública Española (1808-1978)*, cit. en nº 20, pág. 296 y ss.

excombatientes y mutilados de guerra, mediante reserva de cupo de vacantes para estos colectivos.

En 1956 el régimen franquista acomete una profunda reforma administrativa que en materia de función pública cristaliza en la Ley de Funcionarios Civiles de la Administración del Estado de 1964. La fragmentación corporativa que provocó esta reforma, supuso la proliferación de sistemas de acceso y pruebas diferentes, según el cuerpo o escala en el cual se pretendiera ingresar. Asimismo, durante este periodo abunda el recurso por parte de las Administraciones Públicas a las figuras de los interinos, contratados administrativos y laborales, lo que incidirá sobre la selección de los funcionarios públicos. En primer lugar, no se exigían pruebas específicas ni comprobación de aptitudes para el acceso a este tipo de puestos, lo que implicaba que se recurriera muchas veces a fórmulas nepotistas o de amiguismo para su cobertura. Por otro lado, a partir de la multiplicación cuantitativa de empleados interinos y contratados se perseguía, obviamente, su funcionarización, lo que se consigue normalmente por la vía de las pruebas restringidas, que se multiplican en ese periodo y que bajo otras fórmulas han perdurado hasta nuestros días.

En resumen el panorama histórico de los sistemas de acceso a la función pública en España no ha sido nada halagüeño. Ciertamente es que nuestro constitucionalismo histórico contempló la regulación del acceso a los empleos y cargos públicos desde la perspectiva del mérito y capacidad, pero no es menos cierto que, como hemos visto, la realidad se ha manifestado en un sentido muy distinto, y que igualdad, mérito y capacidad han sido, más que regla, excepción en el acceso a la función pública española.

### ***1.2.2. El sistema de mérito en la Constitución de 1978***

La Constitución española de 1978 ha optado de forma nítida por un modelo de función pública meritocrático y profesional, al margen de

los viejos modelos de patronazgo o confianza política. Así el art. 103.3 CE dispone:

“La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública profesional de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.”

Este precepto establece un mandato al legislador para que elabore un estatuto de los funcionarios públicos que, al menos, contenga las normas reguladoras de cuatro importantes cuestiones: el acceso a la función pública, el singular ejercicio por los funcionarios de su derecho de sindicación, el sistema de incompatibilidades y la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. Se establecen, pues, las bases de un modelo de función pública basado en la independencia, profesionalidad y capacidad de sus integrantes.<sup>226</sup>

En relación al acceso a la función pública se establece como criterio constitucional que la misma ha de regirse por los principios de mérito y capacidad. Ya hemos visto, en un apartado anterior de este trabajo, como durante el proceso de elaboración de la Constitución se sopesó que los principios de mérito y capacidad se integraran en el art. 23.2 CE que consagra el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas. Al final se decidió que estos principios se integraran en el art. 103.3, dentro del título dedicado a la Administración. Lo que no cabe duda alguna es que los principios de mérito y capacidad constituyen un eje esencial del sistema

---

<sup>226</sup> Diversos autores han analizado el art. 103.3 CE. Entre otros F. GARRIDO FALLA, en *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid: Civitas, 1980; M. BAENA ALCÁZAR, en *Comentarios a la leyes políticas*, VV.AA, Madrid: Edersa, 1984; A. JIMÉNEZ BLANCO, en *Comentarios a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional* VV.AA, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993; J.M.CANALES ALIENDE en *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Vol II*, VV.AA (O. ALZAGA VILLAAMIL Dir.), Madrid: Edersa, 1997; M. SÁNCHEZ MORÓN, “Art 103 CE” en VV.AA. *Comentarios a la Constitución* (Dir M<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde), Madrid: Fundación Walters Klume, 2009.

meritocrático de función pública consagrado en la Constitución, y contenido esencial del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas. Por ello resulta imprescindible delimitar su significado contenido y alcance, pues en pocas ocasiones han sido suficientemente abordados con profundidad por la doctrina y la jurisprudencia.

## **2. EL PROBLEMA DE LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD**

A nuestro juicio, ha existido una clara despreocupación doctrinal y jurisprudencial por deslindar el significado y alcance de estos principios que, en la mayoría de las ocasiones, suelen invocarse de manera conjunta, como una mera frase hecha, sin precisar en qué se diferencian, cuál es su contenido o cómo operan durante el proceso de selección. El propio Tribunal Constitucional ha calificado al mérito y la capacidad como conceptos indeterminados,<sup>227</sup> lo que no deja de resultar llamativo pues suponen la piedra angular sobre la que se asienta el acceso a la función pública y, por ende, contenido esencial del derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 CE.<sup>228</sup>

---

<sup>227</sup> STC 50/1986, de 23 de abril, F.J. 4º: “Ni el legislador se encuentra respecto de la Constitución en una situación análoga a la que la Administración ocupa respecto de la Ley, ni, aunque así no fuera, puede negarse un amplio margen de libertad, tanto al legislador como a la Administración para dotar de contenido concreto en cada caso a conceptos indeterminados como son los de mérito y capacidad.”

<sup>228</sup> Como bien señala la doctrina más autorizada, la existencia de conceptos jurídicos indeterminados no supone la existencia de discrecionalidad por parte de la Administración. En este sentido ver E. GARCÍA ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Vol I, cit. en nº 82, pág. 433 y ss. “La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejerce una potestad

A todo ello hay que añadir que el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público<sup>229</sup> ha acrecentado la confusión al incorporar de forma novedosa, en relación a los concursos para la provisión de puestos de trabajo, el término *aptitudes de los candidatos*, como algo distinto del mérito y la capacidad.

## **2.1. Las diferentes posturas doctrinales**

No ha sido pacífica la doctrina a la hora de interpretar el significado y alcance de los principios de mérito y capacidad, lo que refleja una cierta confusión en la delimitación de ambos principios.

### **2.1.1. La consideración conjunta de ambos principios**

En muchas ocasiones capacidad y mérito se citan indistintamente, lo que lleva a plantearse si estamos ante un único principio o cabe diferenciar el principio de mérito del de capacidad

Así por ejemplo la STC 46/1991, de 28 de febrero, referida a la exigencia de conocimiento de la lengua autonómica, sostiene que ésta puede considerarse indistintamente como un mérito y una capacidad, incluyendo ambos conceptos bajo el paraguas de un único principio sin distinción alguna entre el principio de mérito y el de capacidad<sup>230</sup>.

---

discrecional. Las consecuencias de ese contraste son capitales. Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de interpretación y aplicación de la Ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar sin esfuerzo alguno tal aplicación, valorando si la solución a que con ella ha llegado es la única solución justa que la Ley permite.”

Ver asimismo J. DE ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español Vol. II*, Barcelona: Labor, 1982, pág. 116 y ss.

<sup>229</sup> Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, art. 79.1: “El concurso, como procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo, consistirá en la valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos por órganos colegiados de carácter técnico.”

<sup>230</sup> STC 46/1991, de 28 de febrero, F,J, 3º: “El principio de mérito y capacidad supone que la carga, para quien quiera acceder a una determinada función pública, de acreditar las capacidades, conocimientos e idoneidad exigibles para la función a la que aspira. Por lo que la exigencia del conocimiento del idioma que es oficial en el territorio

Igualmente algunos autores proponen en esa línea, que “quizás debamos afirmar que nos encontramos ante unos conceptos que exigen su consideración de forma conjunta y sin distinción”.<sup>231</sup>

A nuestro juicio la propia literalidad del art. 103.3 deja claro que estamos dos principios distintos. La confusión se produce, a nuestro juicio, en que ambos principios tienen, como veremos, un contenido común. Pero de lo que no cabe duda es que ambos principios tienen un significado propio y autónomo, determinando el acceso a la función pública de manera distinta, según se trate del principio de mérito o del principio de capacidad.

### **2.1.2. Vinculación con los sistemas de selección: capacidad y oposición, mérito y concurso**

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo,<sup>232</sup> podemos distinguir dos grandes corrientes doctrinales a la hora de delimitar los principios de mérito y capacidad.

La primera y mayoritaria relaciona el principio de capacidad con el sistema selectivo conocido como oposición, es decir, con la celebración de una o más pruebas para determinar la capacidad y la aptitud de los aspirantes, y asocia el mérito con el concurso, consistente en la comprobación y calificación de los méritos de los aspirantes. Ilustrativa de esta corriente es la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 1986, relativa a un concurso oposición para el nombramiento de médicos ayudantes en la unidad de cuidados

---

donde actúa la Administración a la que aspira a servir es perfectamente incluíble dentro de los méritos y capacidades requeridas”.

<sup>231</sup> J. FONDEVILA ANTOLIN, “La selección y pérdida de la condición de empleado público.”, cit. en nº 5, pág. 114.

<sup>232</sup> J.I. ERKOREKA GERVASIO, en “Exigencia de preceptividad en los perfiles lingüísticos como requisito de capacidad en el ejercicio de funciones públicas” *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 44-II, 1996, págs. 266 y ss., realiza un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia.



intensivos del Hospital de Navarra<sup>233</sup>. Según esta posición doctrinal del Tribunal Supremo, los elementos determinantes de la capacidad son aquellos que se acreditan en pruebas teóricas o prácticas que realizan los aspirantes sobre un temario predeterminado, destinadas a verificar los conocimientos y la capacidad de los aspirantes en relación a la función pública a la que se accede. Por su parte, el mérito abarcaría aquellos elementos que, al margen de todo tipo de pruebas, hacen referencia a la cualificación obtenida por los aspirantes a lo largo de su trayectoria personal y profesional, tales como el trabajo desarrollado, la formación de perfeccionamiento recibida, la antigüedad, las publicaciones, etc.

Esta conexión entre mérito y concurso por un lado y capacidad y oposición por otro, parece encontrar soporte en la STC 239/2004<sup>234</sup> donde se señala que los servicios prestados, “al ser un mérito, en principio sólo pueden ser valorados en la fase de concurso, que es donde deben valorarse los méritos de los aspirantes, y no en la fase de oposición, ya que esta fase consiste en la realización de pruebas que determinen la capacidad y aptitud del aspirante.”

Igualmente, y en relación con los servicios prestados a la Administración, la STC 11/1996<sup>235</sup> considera que “la valoración del tiempo de interinidad que, si de un lado podría admitirse como

---

<sup>233</sup> STS 5911/1986 (Sala de lo Contencioso), de 3 de noviembre, F.D. segundo: “El cumplimiento de los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3), determina la configuración de las Bases en función biunívoca de ambas variables recíprocamente estructurada por la finalidad o interés público en satisfacer con la máxima eficacia (art. 103.1 de la Constitución) las concretas necesidades que en términos de servicio público configuran la plaza o puesto de trabajo a cubrir con efecto constitutivo de relación funcional. Los méritos, en cuanto que factor predefinido, configuran presunción de capacidad de suyo objetiva. Los exámenes de oposición, en cuanto que evaluables por un Tribunal calificador, configuran apreciación subjetiva que encuentra factores de objetividad en el nombramiento predeterminado del Tribunal y su publicidad, y fundamento en la necesidad de verificar la actualización y concreción para la índole de la plaza de los conocimientos resultantes de los méritos mediante sujeción al conocimiento de un programa también prefijado como importante factor de objetividad.”

<sup>234</sup> STC 239/2004, de 29 de junio, F.J. 3º.

<sup>235</sup> STC 11/1996, de 29 de enero F.J 6º.

atribuible al principio de mérito en cuanto se considera un servicio prestado, no podría serlo al de capacidad, puesto que no está prevista calificación alguna acerca del modo y resultado de esa prestación.”

En la doctrina también encontramos autores que al estudiar los principios de mérito y capacidad los vinculan a determinados sistemas selectivos. En esta línea ALEGRE AVILA<sup>236</sup> vincula el principio de capacidad con la fase de oposición cuando afirma que esta fase, 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”.

Sin embargo, esta conexión, que podría ser coherente respecto a los sistemas de concurso-oposición, supondría la exclusión de facto del principio de mérito en los sistemas de oposición puro, así como la preterición del principio de capacidad en los sistemas selectivos mediante concurso de méritos. Esta falsa dicotomía, oposición-capacidad, frente a concurso-mérito ha sido objeto de una atinada crítica por FEREZ al afirmar que las ideas de mérito y capacidad han sido secuestradas por los instrumentos para su valoración, defendiendo este autor una reformulación del contenido sustantivo de ambas ideas<sup>237</sup>.

Por ello, a nuestro juicio, de acuerdo con la tesis de FEREZ, vincular los conceptos de mérito y capacidad con determinados procedimientos selectivos, solo lleva a incrementar la confusión y no aporta ningún elemento relevante que permita aclarar el contenido sustantivo de ambos principios.

---

<sup>236</sup> J.M. ALEGRE AVILA, “La Función Pública y los interinos contratados”, *Revista de estudios de la Administración Local* n° 243, 1989, pág. 687

<sup>237</sup> M. FEREZ FERNÁNDEZ, realiza en su trabajo “El sistema de mérito en el empleo público” *Documentación Administrativa* n° 241-242, 1995, pág. 102 y ss. un completo análisis de los conceptos de mérito y capacidad. En él estudia la calificación de la cualidad de jurista de reconocida competencia como requisito para acceder a la función judicial y la exigencia y valoración de las lenguas autonómicas como “dos ejemplos jurisprudenciales suficientemente ilustrativos de la falsa dicotomía entre mérito y capacidad o entre concurso y oposición, que es una falsa contraposición que, como ya hemos dicho, ha servido para ocultar el verdadero debate de fondo sobre el perfil o la idoneidad de los candidatos.”

### **2.1.3. La capacidad como requisito de acceso; el mérito como aptitud para el desempeño de un puesto**

Para una segunda corriente doctrinal, la capacidad hace referencia a las condiciones exigidas a los aspirantes en la convocatoria, es decir, a los requisitos previos que todo aspirante ha de poseer para tomar parte en el proceso selectivo. Entre ellos estarían, por ejemplo, la posesión de una determinada titulación académica ó incluso una determinada aptitud física, como por ejemplo la exigencia de una altura mínima para acceder a un cuerpo de policía. Por su parte, el mérito guarda relación con la aptitud necesaria para el desempeño de un determinado puesto de trabajo, competencia o idoneidad que se contrasta a lo largo del proceso selectivo, tanto en la fase de oposición como en la de concurso. Ilustrativa de esta segunda posición doctrinal es las sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1991, referida al acceso a la carrera judicial por concurso entre juristas de reconocida competencia.<sup>238</sup>

Así MORELL OCAÑA<sup>239</sup> sostiene que el principio de mérito “no se refiere a la personalidad de los aspirantes sino al bagaje o patrimonio que cada uno ha adquirido o posee” y que, por ende, el sistema de mérito está concebido “para valorar el esfuerzo, no para seleccionar al más idóneo desde la perspectiva de la tarea a desarrollar”.

Tampoco esta postura aclara, a nuestro juicio, el contenido sustantivo de ambos principios, pues los diferencia por cuestiones meramente procedimentales, esto es, si son cualidades que el candidato ha de acreditar con carácter previo a su participación en el proceso selectivo, o bien si son aptitudes que han de demostrarse durante la celebración de las pruebas de oposición o concurso.

---

<sup>238</sup> SSTS 6070/1991 (Sala de lo Contencioso), de 8 de noviembre.

<sup>239</sup> L. MORELL OCAÑA, *Curso de derecho Administrativo* Vol. I, Ed. Aranzadi, Pamplona 1998, pág. 411 y 412.

## **2.2. Significado y alcance de los principios de mérito y capacidad**

Los principios de mérito y capacidad, si bien comparten ciertos elementos comunes, tienen un significado y alcance propio, articulando cada uno de manera distintas los procesos de acceso a la función pública.

### ***2.2.1. Capacidad: aptitud necesaria para el buen desempeño una determinada función pública***

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por capacidad se entiende la “aptitud, talento, cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo”. A partir de esta definición que proporciona la Real Academia de la Lengua podríamos entender la capacidad como la aptitud necesaria para el buen desempeño una determinada función pública. Por aptitud entendemos un conjunto de cualidades del individuo que le hace adecuado para tal puesto, como por ejemplo, conocimientos teóricos, destrezas manuales, habilidades intelectuales o incluso rasgos de personalidad. Por buen desempeño ha de entenderse desempeño suficiente para la correcta prestación del servicio público, sin que pueda exigirse un grado óptimo de capacitación.

### ***2.2.2. Mérito: la elección del candidato más idóneo***

Por su parte, el mérito es definido por el diccionario de la Real Academia de la Lengua como “la acción que hace al hombre digno de premio o castigo”. Por mérito entendemos pues, la aptitud para el desempeño de una determinada función pública que, sin ser indispensable para su buen ejercicio, refleja una mayor idoneidad en el candidato y le hace merecedor del empleo público al que opta.

Por tanto, y de acuerdo con las tesis de FERREZ<sup>240</sup>, hablaremos de capacidad para referirnos a las aptitudes indispensables para el desempeño de un puesto, y de mérito para señalar aquellas otras que sin tener carácter esencial pueden ser valoradas para seleccionar al candidato más idóneo.

En consecuencia, para acceder a una determinada función pública el candidato deberá cumplir una doble condición. Por un lado ha de acreditar que posee la aptitud profesional necesaria para el buen desempeño del puesto, dando así cumplimiento al principio constitucional de capacidad. Por otro, el candidato deberá acreditar que sus aptitudes profesionales para el puesto superan a la de otros posibles competidores, dando así cumplimiento al principio de mérito.<sup>241</sup>

En perfecta sintonía con esta tesis se muestra la STC 388/1993<sup>242</sup> que califica la capacidad como un “requisito absoluto para el desempeño de cada puesto de trabajo concreto”, y el mérito como un “elemento relativo de comparación y preferencia para el acceso o nombramiento”.

### **2.2.3. La relación entre ambos principios**

La delimitación de ambos principios que hemos realizado en los apartados anteriores es, a nuestro juicio, plenamente coherente y arroja claridad sobre el significado y alcance de los mismos. Mérito y

---

<sup>240</sup> M. FERREZ, *El sistema de mérito...* op. cit. pág. 106: “Así, si consideramos que es un conocimiento imprescindible para el desempeño hablaremos de requisito de capacidad, mientras que si lo consideramos como un conocimiento no esencial podremos valorarlo como mérito.”

<sup>241</sup> R. PARADA VAZQUEZ, “Organización y Empleo Público” en *Derecho Administrativo*, Vol. II, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 477: “En función de dicho principio el acceso al empleo público se supedita a una doble condición: que los funcionarios acrediten la capacidad profesional necesaria para desempeñar el cargo y que sus conocimientos y destrezas de ese orden superen a la de otros posibles competidores también aspirantes al mismo empleo.”

<sup>242</sup> 388/1993, de 23 de diciembre, (F.J. 2º).

capacidad presentan un elemento común, al reflejar una aptitud para el desempeño de las funciones y tareas propias de una determinada función pública. Sin embargo se diferencian en que consideramos la capacidad como requisito absoluto para el desempeño de una determinada función pública, y el mérito como un mero elemento relativo de comparación y preferencia para el acceso o nombramiento.

Se resuelven asimismo las dudas planteadas en ocasiones por la doctrina acerca de la relación entre un principio y otro<sup>243</sup>. Según la construcción doctrinal que hemos expuesto, no existe ninguna relación de subordinación o dependencia entre ambos principios pues cada uno de ellos cumple su propia función. Por un lado el principio de capacidad garantiza la eficacia de la Administración Pública al exigir que todos los candidatos que acceden a una determinada función pública tengan la aptitud necesaria para el buen desempeño de sus funciones y tareas. Por otro, mediante el principio de mérito se establecen criterios objetivos de comparación entre los aspirantes, al objeto de seleccionar al más idóneo para ese concreto empleo, y garantizando, de esa manera, la igualdad en el acceso a la función pública entre todos los candidatos.

#### ***2.2.4. Los principios de mérito y capacidad y su articulación en los diferentes sistemas selectivos***

Una vez delimitado el significado de ambos principios, es necesario aclarar cómo pueden articularse con los diferentes sistemas selectivos. Así, el principio de capacidad puede cristalizar de dos diferentes maneras. Por un lado mediante la exigencia de unos requisitos mínimos necesarios para poder participar en el proceso selectivo. Estos pueden

---

<sup>243</sup> M. FEREZ, “El sistema de mérito...” op. cit. pág. 71: “La controversia jurisprudencial y normativa sobre la correcta utilización del concurso – oposición ha hecho aflorar un debate sobre las relaciones entre el mérito y la capacidad...Este debate gira en torno a los siguientes interrogantes: ¿Qué principio debe prevalecer en un proceso de selección: el mérito o la capacidad? y ¿Qué proporción cuantitativa se le debe atribuir a cada uno en el resultado final determinante de la idoneidad del candidato?”

ser de muy distinta naturaleza, desde una concreta titulación hasta una determinada aptitud física. En segundo lugar, el principio de capacidad puede también concretarse mediante la obligada superación de unos criterios de evaluación durante el proceso selectivo, por ejemplo una calificación mínima en la fase de oposición o una puntuación mínima en la fase de concurso.

Por su parte, el principio de mérito se configura mediante la valoración de la mayor idoneidad de los candidatos, bien mediante un baremo de méritos previamente determinado que el concursante deberá acreditar, o bien a través de la propia prueba de oposición en la que se acredite un mayor conocimiento y aptitud que sus competidores.

Por tanto se rompe así la falsa dicotomía capacidad-oposición frente a mérito-concurso. Obviamente la oposición ha de ser un instrumento al servicio del principio de capacidad, por ejemplo cuando establece que no superarán dicha prueba los candidatos que no hayan obtenido una calificación mínima de un cinco. Pero a su vez la oposición debe ser un instrumento al servicio del principio de mérito, pues no es lo mismo obtener una calificación de cinco que una de diez, reflejándose en este último caso una mayor aptitud que debe ser valorada a la hora de seleccionar al candidato más idóneo.

A su vez el concurso puede ser igualmente un procedimiento al servicio del principio de capacidad y del principio de mérito, según se exija o no un determinado mérito o una puntuación mínima en la fase de concurso. Por ejemplo, el conocimiento de una lengua autonómica puede ser entendido como un requisito de capacidad o como un simple mérito, según el legislador entienda que su conocimiento constituye una aptitud esencial para el desempeño del puesto o una simple capacitación adicional que refleje una mayor aptitud o idoneidad entre los candidatos. Otro ejemplo ilustrativo lo proporciona la antigüedad o los servicios prestados previamente. En unos casos puede no ser ni exigido como requisito de capacidad, ni valorado como mérito, por ejemplo en un proceso selectivo de oposición para una plaza de auxiliar

administrativo. En otros casos puede ser únicamente valorado como mérito al entenderse que dicha experiencia refleja una mayor aptitud para el desempeño del puesto, como, por ejemplo, en un concurso-oposición para el acceso al cuerpo de maestros. Por último la experiencia previa también podría exigirse como un requisito de capacidad, por ejemplo si se exige para el acceso a una plaza de investigador una determinada experiencia previa en puestos similares.

Esta es la postura del Tribunal Constitucional expresada en la STC 83/2000<sup>244</sup> cuando afirma que “la consideración de los servicios prestados no es ajena a los conceptos de mérito y capacidad del art. 103.3 CE, ya que el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad del aspirante para desarrollar una función o empleo público y suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados por la Administración convocante”.<sup>245</sup>

En suma, los principios de mérito y capacidad, tal y como los hemos definido, pueden articularse de manera autónoma, independientemente del tipo de sistema selectivo que se utilice para el acceso a la función pública.

### **3. LAS EXIGENCIAS DERIVADAS DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD**

De los principios constitucionales de mérito y capacidad derivan un conjunto de exigencias relativas a todo el proceso de definición y desarrollo de cada uno de los procesos selectivos que se celebren para el acceso a la función pública y la provisión de puestos de trabajo en la misma.

---

<sup>244</sup> STC 83/2000<sup>244</sup>, de 27 de marzo, F.J. 4º.

<sup>245</sup> En la misma posición jurisprudencial la STC 185/1994, de 20 de junio, F.J. 6º.



### **3.1. Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar**

La primera afirmación que es preciso realizar es que la capacidad, así como los méritos de los aspirantes, han de guardar una directa conexión con las funciones o tareas propias del puesto al que se opta. Así lo declara expresamente la STC 27/1991<sup>246</sup> cuando afirma que “la capacidad y especialmente los méritos a tener en cuenta, han de estar también en relación con la función a desempeñar”. Exigir, pues, requisitos o condiciones que no tengan relación con las tareas a desempeñar, carecería de una justificación objetiva o razonable y éstos podría considerarse fijados en atención a intereses personales ajenos a la eficacia de la Administración Pública.

Por ello, como señala el Alto Tribunal, los principios de mérito y capacidad suponen la carga, para quien quiera acceder a una determinada función pública, de acreditar las capacidades, conocimientos e idoneidad exigibles para la función a la que aspira.<sup>247</sup>

Esta exigencia ha sido incorporada al EBEP, que en su artículo 55.2 d) establece que los procedimientos selectivos deberán garantizar, entre otros, el principio de “adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y, posteriormente en el artículo 61.2 vuelve a señalar que “los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados.”

El mérito y la capacidad no son entendibles, pues, en abstracto, sino sólo en relación a un determinado puesto o empleo público al que se pretende acceder y con cuyas tareas deben ser coherentes los

---

<sup>246</sup> STC 27/1991<sup>246</sup>, de 14 de febrero, F.J. 4º.

<sup>247</sup> STC 46/1991, de 28 de octubre, F.J 3º. “El propio principio de mérito y capacidad supone la carga para quien quiera acceder a una determinada función pública de acreditar las capacidades, conocimientos e idoneidad exigibles para la función a la que aspira”.

requisitos y condiciones exigidos. Es, quizá, por ello, que el mérito y la capacidad han sido calificados en ocasiones como conceptos indeterminados respecto de los cuales, tanto el legislador como la Administración, tienen un amplio margen de libertad a la hora de dotarlos de contenido concreto en cada caso, lo que no implica que queden al margen del control del Tribunal Constitucional.<sup>248</sup>

Ahora bien, delimitado el significado y alcance de ambos principios es necesario que el legislador de fiel cumplimiento a los mismos y no los adultere mediante el establecimiento de requisitos o condiciones artificiosos que poco o nada tengan que ver con las funciones a desempeñar, o mediante el establecimiento de méritos desproporcionados obviando otros que reflejen una mayor idoneidad para el puesto. La sutil manipulación de los requisitos y condiciones de acceso con el objeto de favorecer a uno o varios candidatos encuentra en muchos casos la dificultad del control jurisdiccional y requiere de los órganos judiciales una fina interpretación para desentrañar si las normas que regulan el acceso responde a una verdadera aplicación de los principios constitucionales de mérito y capacidad. Es aquí donde radica, a nuestro juicio, una de las mayores amenazas para el efectivo cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

### ***3.1.1. Prohibición de requisitos y condiciones basados en circunstancias personales o sociales***

De acuerdo con lo analizado en el apartado anterior, los principios de mérito y capacidad imponen al legislador la obligación de exigir o valorar para el acceso a la función pública únicamente requisitos y

---

<sup>248</sup> STC 50/1986, de 23 de abril, F.J. 4º: “Ni el legislador se encuentra respecto de la Constitución en una situación análoga a la que la Administración ocupa respecto a la Ley, ni, aunque así no fuera, pueden negarse un amplio margen de libertad, tanto al legislador como a la Administración, para dotar de contenido concreto a conceptos indeterminados como son los de mérito y capacidad.”

condiciones que impliquen aptitud o idoneidad para el desempeño de las funciones y tareas propias de las plazas convocadas.

La regla anterior, interpretada en un sentido negativo, prohíbe al legislador la exigencia de requisitos basados en condiciones personales o sociales<sup>249</sup>, tales como considerar un mérito la situación de desempleo o el empadronamiento en el municipio que convoca la plaza<sup>250</sup>, aspectos estos que nada tienen que ver con las funciones o tareas a desempeñar. Desde esta perspectiva se excluyen del ámbito del mérito y la capacidad como posibles requisitos o méritos para el acceso a la función pública, las circunstancias encuadrables en las denominadas categorías sospechosas del art. 14 CE. Por consiguiente serían inconstitucionales los requisitos basados en condiciones de sexo, raza, nacimiento, etc.

Un ejemplo palmario de esta exigencia nos lo proporciona la STC 42/1981, de 22 de diciembre, en la que enjuició un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Generalidad de Cataluña 3/1981 sobre Bibliotecas. El artículo 13.2 de dicha Ley establecía que el personal técnico bibliotecario debía contar con la formación y la titulación de la Escola de Bibliografia de Barcelona o las que pudiera determinar el Govern de la Generalitat. El Tribunal declaró inconstitucional tal artículo al entender que la exigencia de una determinada titulación sí puede guardar una relación directa con la capacitación necesaria para las tareas a desarrollar, pero no el procedimiento seguido para obtener esa titulación o el centro concreto en que se adquirió, por lo que tal exigencia no es compatible con la

---

<sup>249</sup> STC 193/1987, de 29 de octubre, F.J. 5º: “...los órganos y autoridades competentes deben guiarse exclusivamente por los principios de mérito y capacidad (STC 148/86 citada), incurriendo en infracción del mencionado precepto constitucional (art. 23.2 CE) si tomaran en consideración otras circunstancias personales o sociales de los candidatos, no referidos a dichos criterios.”

<sup>250</sup> La consideración de la situación de desempleado del candidato como mérito vulnera los artículos 23.2 y 103.3 CE (STS 17159/1988, de 8 de julio); así como valorar el hecho de estar empadronado en el municipio que convoca la plaza (STS 530/1988, de 8 de julio de 1988).

Constitución.<sup>251</sup> Un determinado título ha de tener el mismo valor en toda España y no se puede tratar desigualmente a los ciudadanos en función de la escuela en la que lo han obtenido, porque tal desigualdad no tiene justificación alguna al no estar fundamentada en los principios de mérito y capacidad.

### **3.1.2. La prohibición de la mera discrecionalidad como criterio de selección**

La exigencia del mérito y la capacidad en el acceso a la función pública no sólo excluye aquellos requisitos y condiciones que nada tengan que ver con las tareas a desempeñar, sino que prohíbe también la mera discrecionalidad de los órganos de selección que han de guiarse exclusivamente por tales principios en sus actuaciones.

Un caso muy ilustrativo de la absoluta prohibición de la discrecionalidad se muestra en la STC 193/1987, de 9 de diciembre, en la que se abordó la resolución de un concurso de traslado de secretarios de Administración local de primera categoría, en concreto, para el Ayuntamiento de León, en el que se otorgó la plaza a un funcionario con menor puntuación en el escalafón que la que tenía el recurrente. Dicho nombramiento se realizó en virtud de una normativa<sup>252</sup> que establecía

---

<sup>251</sup> “Desde la perspectiva del principio de igualdad, del que tratamos ahora, no puede dudarse de que una norma diferenciadora de este género no es violatoria de tal principio (art. 14 CE) ni, en particular, del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE), siempre que la diferencia impuesta en razón de la capacitación técnica sea adecuada a la naturaleza propia de las tareas a realizar y se establezca con carácter general, esto es, en referencia directa a la posesión de determinados conocimientos o determinada titulación acreditativa de éstos, pero no al procedimiento seguido para adquirirlos, pues cualquiera de estas fórmulas si implica ya una diferencia no justificada y, en consecuencia, una violación del principio de igualdad. La norma impugnada en el presente recurso no es, por esta razón, compatible con la Constitución.” STC 42/1981, de 22 de diciembre, F.J. 4º.

<sup>252</sup> Dicho nombramiento se realizó en virtud del Real Decreto 642/1981, de 27 de marzo, y conforme a los arts. 196, 197 y 198 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local, a que se remite el art. 72 del Real Decreto 3.046/1977, de 5 de octubre, que aprueba el Texto Refundido Parcial de la Ley de Bases de Régimen Local de 1975, es decir, por el régimen de nombramiento discrecional dentro de una terna formada por los funcionarios con mayor puntuación solicitantes de la vacante.

un régimen de nombramiento discrecional, dentro de una terna formada por los funcionarios con mayor puntuación solicitantes de la vacante. En este caso el funcionario nombrado ocupaba el tercer lugar de la terna por orden de puntuación, mientras que el recurrente ocupaba el primero, pero aquél fue propuesto por la Corporación Municipal de León, aceptando la propuesta el Ministerio de Administración Territorial. Pues bien, el Tribunal estimó el recurso de amparo y además anuló la normativa reguladora del acceso al entender que, al nombrar al aspirante que estaba en tercer lugar en el baremo de méritos, aunque permitido por la normativa reguladora del acceso, se consagró una desigualdad al romperse la necesaria relación recíproca entre el principio de igualdad en el acceso y los principios de mérito y capacidad.<sup>253</sup>

En consecuencia los poderes públicos no pueden tener en cuenta criterios adicionales, no amparados por los principios de mérito y capacidad, ni articular procedimientos de acceso mixtos en los que, una

---

<sup>253</sup> “En efecto, al permitir la reglamentación aplicable al mencionado concurso elaborar por parte de la Corporación Local una terna con un orden distinto de que se deducía de la puntuación otorgada estrictamente con base al baremo determinado reglamentariamente -orden que, en este caso, se reveló justamente inverso a este último- y nombrar, precisamente, el Ministerio al aspirante que figuraba en primer lugar en la terna propuesta por la Corporación municipal, vino a consagrarse una desigualdad en el trato con base en la propia normativa reguladora del tan repetido concurso. Desigualdad que se produce al romperse la necesaria relación recíproca entre el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, consagrado en el art. 23.2 de la Constitución, y los principios de mérito y capacidad que deben regir dicho acceso, tal como se afirma en el art. 103.3 del mismo texto constitucional, según han declarado, entre otras, las SSTC 75/1983 y 50 y 148 de 1986. Relación recíproca que una interpretación sistemática no puede desconocer y que autoriza a concluir que el art. 23.2 «impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pudieran considerarse también violatorios del principio de igualdad todos aquéllos que, sin esa referencia, establezcan una desigualdad entre españoles» (STC 50/1986). El art. 23.2 introduce, así, un criterio igualatorio que constituye una garantía, reforzada por tratarse de un derecho fundamental, del principio de imparcialidad de los funcionarios públicos proclamado en el art. 103.3, inherente por esencia al Estado de Derecho que la Constitución consagra. Por consiguiente, en la resolución de los procedimientos de selección para ocupar un puesto integrado en la función pública, los órganos y autoridades competentes deben guiarse exclusivamente por aquellos criterios de mérito y capacidad (STC 148/1986, citada), incurriendo en infracción del mencionado precepto constitucional si tomaran en consideración otras condiciones personales o sociales de los candidatos, no referidos a dichos criterios.” STC 193/1987, de 9 de diciembre, F.J. 5º

vez superada una fase regida por los mencionados principios, se permita la selección de los candidatos en función de otros criterios, o de la mera discrecionalidad de los órganos de selección. Como acertadamente sostiene MARTÍNEZ SOSPEDRA, tal posibilidad permitiría de facto las pretericiones individuales y supondría la “evaporización de la efectiva realización del derecho”.<sup>254</sup>

Por ello el Tribunal Constitucional ha venido exigiendo, con carácter exclusivo, los criterios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública<sup>255</sup>, si bien con las modulaciones que veremos para los supuestos de provisión de puestos de trabajo entre quienes ya son funcionarios de carrera.

### **3.2. La celebración de sistemas competitivos de acceso**

Por otro lado, como ha señalado reiteradamente la doctrina<sup>256</sup>, los principios de mérito y capacidad imponen necesariamente la celebración de procedimientos selectivos de carácter competitivo donde los aspirantes puedan demostrar su capacidad y su mayor aptitud respecto a sus competidores para el desempeño del puesto. Sin algún

---

<sup>254</sup> M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, *Libertades públicas vol. I*, Valencia: Fundación Universitaria San Pablo CEU, 1993, pág. 250.

<sup>255</sup> STC 148/1986, de 25 de noviembre, F.J. 8º; “...la resolución del procedimiento de selección habrá de guiarse sólo por aquellos criterios de mérito y capacidad”; STC 193/87, de 9 de diciembre, F.J. 5º: “...los órganos y autoridades competentes deben guiarse exclusivamente por aquellos criterios de mérito y capacidad...”

<sup>256</sup> L. RUANO RODRÍGUEZ, *Constitución, Función Pública y Empleo Laboral*, cit. en nº 169, pág. 44: “Si el acceso debe realizarse por mérito y capacidad, ello deberá plasmarse en el establecimiento de mecanismos de entrada y reclutamiento que posibiliten que sean los mejores aspirantes quienes puedan ser seleccionados.

M. BAENA del ALCAZAR, “Art. 103 CE”, en *Comentarios a las leyes políticas*, cit. en nº 221, pág. 283: “Lo que afirma la Constitución es que deberá comprobarse la capacidad, sin imponer ningún procedimiento específico. Ciertamente la oposición es uno de estos procedimientos, pero en modo alguno el único”.

M. SÁNCHEZ MORÓN, *Comentarios a la Constitución española*, cit. en nº 3, pág. 678: “La conexión directa entre el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a las funciones públicas profesionales y los principios de mérito y capacidad supone la exigencia de pruebas selectivas para el acceso en todo caso.

tipo de prueba o sistema de selección en el que los candidatos puedan contrastar sus aptitudes con las de sus competidores, es imposible dar cumplimiento a los principios constitucionales de mérito y capacidad, ni garantizar la igualdad en el acceso a la función pública.

Cuestión distinta es la naturaleza de dichas pruebas, que pueden ser de muy distinto tipo, y su idoneidad para medir la aptitud de los candidatos en relación a las funciones y tareas a desempeñar. Pero lo que no ofrece ninguna duda es que el procedimiento que se establezca ha de procurar el acceso de los más capacitados y con mayores méritos, mediante un sistema que permita la competición entre los aspirantes.

Así lo proclama con claridad la STC 302/1993, de 21 de octubre, que resolvió un recurso de inconstitucionalidad contra el apartado 2.3 de la disposición transitoria sexta de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, en el que se establecía la integración automática de personal temporal como funcionarios de carrera.<sup>257</sup> El Tribunal rechaza la integración automática, al margen de pruebas selectivas de reclutamiento, declarando inconstitucional la disposición impugnada.<sup>258</sup>

---

<sup>257</sup> El texto de dicho apartado 2.3 impugnado era el siguiente: «El personal con contrato administrativo afectado por el Decreto 153/1982, de 22 de diciembre y que en la actualidad se encuentran prestando sus servicios activos en la Junta de Andalucía, adquirirá automáticamente, a la entrada en vigor de la presente Ley, la categoría de funcionario de carrera de la Administración en la Comunidad Autónoma Andaluza. A efectos de antigüedad y trienios, a dicho personal le son reconocidos los servicios prestados en la Administración de la Junta de Andalucía con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario de la misma».

<sup>258</sup> STC 302/1993, de 21 de octubre, F.J. 3º: «Es patente que el mandato de integración automática, sin efectuar pruebas objetivas de reclutamiento, aunque fueran específicas o de turno restringido, traspasa los límites impuestos, para la racionalización de las Administraciones públicas, en la disposición transitoria sexta de la Ley de Medidas de la Función Pública, que permite convocar «pruebas específicas» en ciertos casos y con las limitaciones temporales allí señaladas, pero en modo alguno habilita a una integración automática que erija la antigüedad de los servicios prestados a la Administración en título único y excluyente de otros que legitime el acceso a la función pública, precepto legal que, como se dijo en la reseñada STC 151/1992, posee carácter básico en cuanto configura una excepción a la regla general recogida en el art. 19.1 de la Ley para el reclutamiento de los funcionarios por pruebas públicas, libres y objetivas.»

### **3.3. La profesionalidad de los miembros de los órganos de selección**

Por otro lado, para dar efectivo cumplimiento a los principios de mérito y capacidad es imprescindible que los integrantes de los órganos de selección tengan la capacitación técnica necesaria para valorar los méritos y capacidades de los aspirantes. De nada valdrían unas normas de acceso que estableciesen unos requisitos y condiciones perfectamente ajustados a las exigencias del puesto, si posteriormente no hubiese un órgano evaluador con los conocimientos técnicos necesarios para una correcta valoración de los méritos y capacidades de los candidatos.

Así lo ha puesto de manifiesto en diversas sentencias el Alto Tribunal<sup>259</sup> al señalar que el discernimiento de los méritos y capacidades de los aspirantes a una plaza en la función pública ha de corresponder exclusivamente a órganos calificadores que estén integrados por “personas dotadas de la debida cualificación científica en la materia propia de esa plaza”.<sup>260</sup> Por ello no es correcto, desde la perspectiva constitucional, que órganos sin tal cualificación puedan revisar la valoración realizada por aquellos que si lo son, incidiendo en los aspectos materiales de los procedimientos selectivos y entrando a

---

<sup>259</sup> STC 26/1987, de 27 de febrero, F.J 12.3 a): “Ahora bien, como la designación de los profesores integrantes de las Comisiones que han de resolver los concursos se hace con referencia al «área de conocimiento a la que corresponda la plaza», tiene que darse una homogeneidad real entre el objeto de conocimiento que sirve de base para la configuración de las áreas y las plazas a las que corresponda el concurso. Porque lo que en todo caso ha de respetarse en esta materia, por ser exigencia constitucional, es que el acceso a los Cuerpos docentes se regule en condiciones de igualdad (art. 23.2 de la C.E.) y «de acuerdo con los principios de mérito y capacidad» que establece el art. 103.3 de la Constitución, principios que están expresamente recogidos en el art. 41.1 de la LRU. La efectividad de este precepto requiere, en garantía de los derechos constitucionales que salvaguarda, que las áreas de conocimiento a efectos de la designación de los miembros de las Comisiones encargados de resolver los concursos sean homogéneos respecto de las plazas objeto del concurso. Esta homogeneidad entre áreas de conocimiento y plazas del concurso ha de darse necesariamente para que la «competencia científica» de los miembros de las Comisiones a que expresamente alude el núm. 2 del art. 41 de la LRU, esté referida a los conocimientos propios que correspondan a las plazas objeto del mismo.”

<sup>260</sup> STC 215/1991, de 14 de noviembre F.J. 4°.



ponderar la capacidad y los méritos de los concursantes o de los opositores.

Así lo establece, por ejemplo, la STC 174/1996 de 11 de Noviembre de 1996, que resuelve un recurso de amparo contra un acuerdo del Consejo General del Poder Judicial que rechazó a uno de los concursantes incluidos en la propuesta elevada por el Tribunal calificador del concurso para seleccionar Magistrados en el turno de juristas de reconocida competencia.<sup>261</sup>

La importancia de la profesionalidad de los tribunales, que ha sido resaltada por la doctrina<sup>262</sup>, ha tenido como reconocimiento su inclusión en el EBEP en el grupo de aquellos principios que rigen los procesos selectivos para el acceso a los empleos públicos<sup>263</sup>.

A modo de resumen podemos concluir que la efectividad de los principios constitucionales de mérito y capacidad, requiere que el legislador no exija requisito o condición alguno que no esté en íntima conexión con las funciones y tareas a desempeñar en ese puesto, que los candidatos puedan contrastar sus aptitudes entre sí a través de unas pruebas competitivas y que los méritos y capacidades sean valorados por un órgano de selección con la debida capacitación técnica en la materia propia de esa plaza.

---

<sup>261</sup> STC 174/1996, de 11 de noviembre, F.J. 2º: “En íntima conexión con esta configuración de tal derecho fundamental, hemos afirmado que el discernimiento de esa idoneidad de los aspirantes a una plaza en la función pública ha de corresponder exclusivamente a órganos calificadores compuestos por personas dotadas de la debida preparación científica y técnica en la materia propia de cada función o cargo. Por ello, no es correcto que, desde esa perspectiva constitucional, órganos sin tal cualificación (como en este caso lo es el Consejo General del Poder Judicial), puedan revisar la valoración realizada por aquellos que sí lo son, incidiendo en los aspectos materiales de los procedimientos selectivos y entrando a ponderar la capacidad y los méritos de los concursantes o de los opositores. Si así lo hicieran, si sustituyeran la evaluación técnica del órgano especializado, quebrantarían el art. 23.2 C.E. por desconocimiento de los principios constitucionales que le sirven de soporte.”

<sup>262</sup> R.M. ILDEFONSO HUERTAS, “Los órganos de selección en el empleo público: el principio de especialidad y discrecionalidad técnica”, cit. en nº 210, pág. 27: “El que a nuestro juicio es piedra angular de este problema jurídico, no es otro que el principio de especialidad en la composición de los tribunales y comisiones de selección.

<sup>263</sup> Ver nota nº 183.

### **3.4. Los principios de mérito y capacidad en la provisión de puestos de trabajo**

Como hemos señalado con anterioridad en este trabajo y ha venido reiterando nuestro Tribunal Constitucional<sup>264</sup>, el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública es un derecho que actúa no sólo en el momento del acceso, sino también durante la vigencia de la relación funcional y por ello se ha afirmado que este derecho resulta también aplicable a la provisión de puestos de trabajo.

Por consiguiente, los principios de mérito y capacidad operan igualmente a lo largo de la carrera administrativa del funcionario por lo que, en principio, todo lo expuesto en relación al acceso a la función pública respecto a ambos principios es aplicable a los procesos de provisión de puestos de trabajo.

Sin embargo este criterio inicial requiere de matizaciones, pues el Tribunal Constitucional ha manifestado que es diferente el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la función pública, o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa. Según criterio del Tribunal, en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya poseen la condición de funcionarios de carrera, éstos ya han acreditado los requisitos de mérito y capacidad cuando accedieron, por lo que cabe tener en cuenta otros criterios distintos encaminados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos.<sup>265</sup>

Muy demostrativa de esta doctrina del Tribunal Constitucional sobre el diferente rigor con el que operan los principios de mérito y capacidad cuando se trata de la provisión de puestos de trabajo entre

---

<sup>264</sup> Ver entre otras las SSTC 75/1983, 15/1988, 47/1989, 192/1991, 200/1991, 293/1993, 365/1993, y 87/1996.

<sup>265</sup> Ver entre otras las SSTC 192/1991, de 14 de octubre, F.J. 4º y 365/1993, de 13 de diciembre, F.J. 7º

funcionarios nos la aporta la STC 192/1991, de 14 de octubre. En ella se considera compatible con el artículo 23.2 CE el llamado “turno de traslado por consorte”<sup>266</sup>, que establece, a efectos de provisión de vacantes, un derecho preferente a favor de aquel, que por razón del puesto de trabajo que desempeñe, resida en una localidad distinta a la de su cónyuge. Esta diferencia de trato, basada en una circunstancia personal ajena a los principios de mérito y capacidad, es justificada por el Tribunal, no sólo en el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 30 CE), sino también en consideración a una mayor eficacia en la organización de los servicios (art. 103.1 CE), que legitima la adopción de medidas que tiendan a que el personal de las Administraciones Públicas se encuentre en las mejores condiciones para el desarrollo de la actividad propia de su cargo.<sup>267</sup>

El Tribunal Constitucional ha proporcionado otros ejemplos que ilustran con claridad esta doctrina. Así en la STC 75/1983, de 3 de agosto, se considera constitucional el establecimiento de una edad mínima de 60 años para concursar a una plaza de interventor de fondos del Ayuntamiento de Barcelona. El Tribunal justifica la admisión de este criterio, ajeno al mérito y la capacidad, en aras a la eficacia de la

---

<sup>266</sup> El turno de traslado por consorte estaba previsto en el art. 114.3 del Estatuto de Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, en redacción dada por la Orden Ministerial de 5 de abril de 1986.

<sup>267</sup> STC 192/1991, de 14 de octubre F.J. 4º: “Sin embargo, tampoco debe ignorarse la distinta consideración que, a estos efectos, merecen, de una parte, el acceso a la función pública y, de otra - dentro ya de la misma- el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, y, por consiguiente, el diferente rigor e intensidad con que en cada una de ellas operan los derechos y valores constitucionales como son el acceso en condiciones de igualdad (art. 23.2 C.E.) y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 C.E.), a las funciones públicas. Pues, en efecto, siendo el derecho del art. 23.2 C.E. un derecho de configuración legal, puede la Administración legítimamente dentro de los concursos para la provisión de vacantes o puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública (y por tanto, acreditado los requisitos de mérito y capacidad) tener en cuenta otros criterios distintos que no guarden relación con éstos, en atención, precisamente, a una mayor eficacia en la organización de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales. Tal es el caso aquí contemplado del denominado derecho de consorte que, dada la forma en que normativamente ha sido previsto, no puede estimarse que sea contrario al art. 23.2 C.E. -ni por tanto al art. 14 C.E.- ni menos aún que discrimine a la recurrente, que ni siquiera había concursado a la plaza.”

Administración, que podría resentirse si accedieran un cargo tan complejo funcionarios con una edad muy cercana a la de la jubilación y, por lo tanto, sin el tiempo necesario para ejercer sus funciones con el pleno conocimiento de las complicadas tareas a desempeñar.<sup>268</sup>

La propia legislación en materia de función pública ha venido consagrando sistemas de provisión de plazas en las que se tienen en cuenta criterios distintos a los principios de mérito y capacidad, como en el caso de la cobertura de vacantes por el procedimiento de libre designación<sup>269</sup>. La libre designación consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto. En consecuencia la confianza es el criterio predominante, sin que ningún

---

<sup>268</sup> STC 73/1983, de 3 de agosto, F.J. 6º: “Tratándose indudablemente con dicho límite de evitar que tal cargo se adjudique a funcionarios que por poseer una mayor antigüedad en la carrera, tan decisiva en la resolución de los concursos, les reste un plazo relativamente breve para la jubilación, de modo que apenas tengan tiempo suficiente para imponerse de los importantes cometidos que la Ley les impone desarrollar, ni conocer las peculiaridades del Ayuntamiento cuyo fondos ha de intervenir, influyendo de manera decisiva en el desempeño del servicio personal y en el que ha de prestarse públicamente en favor de los ciudadanos. Deficiencias y perjuicios que se evitan con dicha medida, que permiten que al tenerse acceso al cargo a una edad alejada moderadamente de la jubilación, se garantice una indispensable permanencia en el cargo con la reserva de que si se produce el cese antes de la jubilación, el cargo queda abierto a los que cumplan aquella exigencia de edad no superior a los sesenta años.”

<sup>269</sup> Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público:

Artículo 80. Libre designación con convocatoria pública del personal funcionario de carrera.

1. La libre designación con convocatoria pública consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto.

2. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto establecerán los criterios para determinar los puestos que por su especial responsabilidad y confianza puedan cubrirse por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública.

3. El órgano competente para el nombramiento podrá recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de los candidatos.

4. Los titulares de los puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública, podrán ser cesados discrecionalmente. En caso de cese, se les deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración Pública y con las garantías inherentes a dicho sistema.

candidato pueda alegar mayores méritos para impugnar tal decisión. Ahora bien, como señala acertadamente LÓPEZ GARRIDO, este procedimiento no es completamente ajeno a los principios de mérito y capacidad, ni puede confundirse con los puestos de mera confianza política, pues se exige a los seleccionados la concurrencia de ciertos requisitos objetivos y controlables que restringen la discrecionalidad del órganos de selección.<sup>270</sup>

Otro criterio contemplado en el EBEP para la provisión de vacantes, es la protección a las mujeres víctimas de violencia de género que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando servicios, que tendrán derecho a traslado a otro puesto de trabajo de análogas características, sin necesidad de que sea vacante de necesaria cobertura.<sup>271</sup>

En resumen podemos concluir que los principios de mérito y capacidad operan con diferente rigor e intensidad cuando se trata del acceso a la función pública, que para la provisión de puestos de trabajo. Para acceder a la función pública, como hemos visto anteriormente, no pueden exigirse requisito o condición alguna al margen de estos

---

<sup>270</sup> D. LÓPEZ GARRIDO, *El acceso a la función pública en la Europa de los doce*, cit.: e nº 3: “Un puesto de libre designación no es un puesto de confianza política. Es un puesto de confianza administrativa, distinto de la confianza política. Hay una diferencia básica y capital, en efecto, y es que a los puestos de confianza política (por no ser funcionariales), no se les aplican los principios de mérito y capacidad, que según el art. 103.3 de la Constitución, son los que rigen el acceso –y cese- a la función pública.

La libre designación –y el cese discrecional- significa que ese puesto está connotado por la unión de dos dimensiones fundamentales:

- a) La dimensión psicológica expresada en la confianza.
- b) La dimensión administrativa, objetivada, del mérito y la capacidad, que es perfectamente medible y controlable. Esta última dimensión es la que no existe en los cargos de confianza política; pero sí –y muy fuertemente- en los de libre designación, de naturaleza administrativa funcional. Si esta dimensión objetiva y controlable no se da en los puestos de libre designación, no habrá ninguna diferencia con los de confianza política y la Ley 30/1984, tan profusamente aplicada en la convocatoria de estos puestos de libre designación, sería un completo fraude, además de inconstitucional.

<sup>271</sup> Regulado en la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público, art. 82. Movilidad por razón de violencia de género.

principios, que operan con exclusividad como criterio o parámetro de acceso.

Sin embargo en la provisión de puestos de trabajo pueden tenerse en cuenta otros criterios encaminados a una mayor eficacia en el funcionamiento de la Administración Pública o a salvaguardar otros valores constitucionalmente protegidos, como en el caso de la protección de la mujer víctima de violencia de género. No se trata, pues, de que los procedimientos de provisión de puestos puedan estar al margen de los mencionados principios constitucionales. La presencia de los mismos en las normas que regulan los concursos de traslados es absolutamente obligatoria, si bien, como hemos visto, pueden matizarse o complementarse con otros valores constitucionalmente protegidos.

***SEGUNDA PARTE***

**IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL  
ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA DOCENTE NO  
UNIVERSITARIA**

# **CAPÍTULO I**

## **LA REGULACIÓN DEL ACCESO A LA FUNCIÓN DOCENTE NO UNIVERSITARIA**

### **1. EL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL Y LA FUNCIÓN PÚBLICA DOCENTE**

Para analizar el desarrollo que se ha hecho del derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública docente no universitaria es preciso conocer previamente los elementos constitucionales que determinan la organización del sector educativo y del servicio público de la educación, así como el modo en que se ha regulado la tarea de llevar a cabo ese servicio público, es decir, la función pública docente.

#### **1.1 El modelo de sistema educativo**

Hasta el siglo XIX, en nuestro país, como en los países de nuestro entorno, las necesidades en materia de educación fueron atendidas principalmente por órdenes religiosas y, en ocasiones, por otros grupos sociales también de carácter privado. A lo largo del citado siglo, sin embargo, la educación se fue convirtiendo en un servicio público del que se hacía cargo el Estado: se crearon centros públicos de enseñanza básica y universidades públicas, se reconoció un derecho a la educación, se hizo obligatoria la enseñanza básica y se declaró su gratuidad. De forma paralela, los sujetos privados que hasta ese momento se habían ocupado de la educación reivindicaron la libertad



de enseñanza, como derecho de libertad frente al Estado, referida sobre todo a la facultad de crear centros docentes. A partir de entonces, los centros públicos de educación convivieron con los privados, salvo en determinados períodos en los que se prohibió a ciertas órdenes religiosas abrir escuelas e impartir enseñanzas, y desde entonces, en mayor o menor grado, las tensiones entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, entre educación pública y privada, entre educación religiosa y laica han marcado la definición y el desarrollo de los sistemas de educación en los países europeos.<sup>272</sup>

Actualmente el art. 27 de la Constitución es el que reconoce los derechos, libertades y principios de la educación. Este artículo fue objeto de un intenso debate en el proceso constituyente, en el que se pusieron de manifiesto las tensiones antes señaladas. Por eso, y para satisfacer a todos los partidos en la medida de lo posible, el art. 27 tiene un contenido extenso y complejo, sobre todo porque reconoce tanto el derecho a la educación como la libertad de enseñanza, dos derechos que representan modelos educativos diferentes y que, sin embargo, deben hacerse compatibles a través del establecimiento de un determinado sistema educativo que los haga a ambos reales y efectivos. Concretamente, el art. 27 CE establece lo siguiente:

1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.
3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

---

<sup>272</sup> M. SALVADOR MARTÍNEZ, “Derechos y libertades de la educación”, en VV.AA., *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, cit. en nº 48.

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.
6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.
7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.
8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.
9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.
10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca».

En el desarrollo y la regulación del ejercicio de los derechos y libertades de la educación al legislador le corresponde una especial responsabilidad. Ello se debe, en primer lugar, a que el art. 27 no constitucionaliza un modelo educativo determinado, sino que, con una fórmula relativamente abierta, concede al legislador un amplio margen de maniobra para diseñar dicho modelo, definiendo tipos de enseñanza, planes de estudio...etc.<sup>273</sup> En segundo lugar, todos los derechos reconocidos en dicho artículo necesitan en mayor o menor grado la intervención del legislador<sup>274</sup>; y, además, entre todos ellos (derechos de

---

<sup>273</sup> Así lo afirma el TC en la STC133/2010, en la que unos padres exigen poder educar a sus hijos en casa; el TC no les reconoce tal derecho porque considera que el sistema desarrollado por el legislador, la educación en los colegios, es constitucionalmente más conforme con el fin que la CE establece de educar no sólo en la adquisición de conocimientos, sino en el desarrollo de personas y ciudadanos.

<sup>274</sup> Tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional, “en el caso de los derechos de configuración legal el cometido encomendado desde la Constitución al legislador (STC 225/1992) no se agota en la función de arbitrar los medios precisos para la ordenación de la conducta en que el derecho consiste (ámbito en el que al legislador le está permitida una libertad de conformación mucho más amplia que en el caso de los

los docentes, de los alumnos, de los padres, de las instituciones docentes...) pueden existir tensiones y contradicciones, pues unos actúan como límite de los otros, y el legislador tiene que realizar un desarrollo normativo que haga posible y garantice el ejercicio de todos esos derechos, buscando el equilibrio necesario para ello.

El legislador ha acometido la labor que le corresponde en esta materia aprobando las correspondientes leyes de educación. Sin embargo, los diferentes gobiernos han elaborado sucesivas leyes para desarrollar cada uno su modelo educativo, muchas de las cuales han sido objeto de recursos de inconstitucionalidad. El legislador no ha sido capaz de realizar un desarrollo legislativo “consensuado”, sino que éste se ha caracterizado por un considerable enfrentamiento político. Actualmente están vigentes la Ley orgánica 8/1985, reguladora del derecho a la educación y la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, ambas reformadas en varias ocasiones, la última por la Ley Orgánica 8/2013, para la mejora de la calidad educativa.

Los principales derechos reconocidos en el art. 27 son, como hemos dicho, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. El apartado 1 de dicho artículo reconoce un derecho a la educación del que son titulares todos los españoles y, conforme a la ley, los extranjeros residentes en España en igualdad de condiciones con los nacionales<sup>275</sup> respecto a la enseñanza básica obligatoria y las enseñanzas superiores<sup>276</sup>,

---

derechos de libertad), sino que alcanza a la tarea de definir el contenido mismo del derecho. Contenido que se integra así, además de por el núcleo esencial indispensable (art. 53 CE), por el legislativamente configurado”.

<sup>275</sup> Art. 9 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros, modificado por la Ley Orgánica 2/2009.

<sup>276</sup> Explica el TC en su STC 236/2007, FJ 8: “De las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales referidos, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad. Por otra parte, también de las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que el derecho a la educación

y que se concreta, en primer lugar, en un derecho de prestación, en el derecho a exigir una concreta acción positiva, una prestación del Estado, consistente en un servicio de enseñanza básica gratuita. Por ello, este derecho a la educación se desarrolla a través de todos los servicios educativos promovidos por los poderes públicos.

La libertad de enseñanza se reconoce en el segundo inciso del art. 27.1 CE y tiene su fundamento en la libertad ideológica y en la libertad de expresión, ya que se entiende como una proyección de dichas libertades. Definida como libertad, este derecho exige la exclusión de cualquier injerencia o intervención para orientar la enseñanza en un determinado sentido intelectual, científico, ideológico o político, y se concreta en tres libertades específicas: a) la clásica libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE), de la que son titulares las personas (físicas o jurídicas) que cumplan los requisitos establecidos en la ley, y que se concreta en las facultades de fundar un centro docente, dirigirlo y establecer el “ideario” del mismo;<sup>277</sup> b) el derecho de quienes ejercen una actividad docente a desarrollarla con libertad, derecho que se reconoce en el art. 20.1.c) CE como libertad de cátedra; y c) la libertad de los padres de elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3 CE), libertad de elección que exige un desarrollo legal que ha sido, y sigue siendo, extraordinariamente polémico. La discusión se centra, sobre todo, en la inclusión de una asignatura de religión confesional en los planes educativos y, en su caso, de asignaturas alternativas, y en el valor

---

garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a «todos», independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España”

<sup>277</sup> STC 5/1981, de 13 de febrero, F.J 7: “...el art. 27.1 de la Constitución implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas (artículo 27.6) y, de otra, el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan (artículo 20.1 c). Del principio de libertad de enseñanza deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (artículo 27.3)”.

que debe atribuirse a dichas asignaturas en el currículo de los alumnos.<sup>278</sup>

Para satisfacer todos los derechos y principios definidos en el art. 27 CE los poderes públicos están obligados a la creación de centros docentes públicos (art. 27.5 CE) y al establecimiento de ayudas públicas a los centros docentes privados que reúnan los requisitos que la ley establezca (art. 27.9 CE); esto último se ha concretado en el desarrollo de un sistema de conciertos entre las Administraciones públicas y determinados centros privados. Así pues, el servicio público de la enseñanza se presta directamente por centros públicos e indirectamente por centros privados concertados. Conviven así en el sistema educativo español centros de enseñanza públicos y privados integrados por docentes que, si bien cumplen las mismas funciones, no tienen el mismo status jurídico. En el caso de los centros privados los maestros y profesores son trabajadores laborales por cuenta ajena, mientras que los centros públicos están integrados por funcionarios seleccionados conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Por último es necesario hacer una importante precisión siguiendo la argumentación del propio Tribunal Constitucional en la STC 5/1981. El derecho de todos a la educación “se ejerce en el marco de un sistema educativo en el que los poderes públicos, es decir el Estado a través de la legislación básica y las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias en esta materia, determinan los currículos de los distintos niveles, etapas, ciclos y grados de enseñanza, las enseñanzas mínimas y las concretas áreas o materias objeto de aprendizaje, organizando asimismo su desarrollo en los distintos Centros docentes; por lo que la educación constituye, en términos generales, una actividad reglada”<sup>279</sup>.

---

<sup>278</sup> Sobre el debate doctrinal respecto a la naturaleza jurídica del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos, RODRÍGUEZ COARASA, C.: *La libertad de enseñanza en España*, Madrid, Tecnos, 1998, pág. 112 y ss.

<sup>279</sup> Sentencia 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 9 b).

Resulta necesaria esta precisión dado que también existe educación o enseñanza que se imparte al margen del sistema educativo regulado y organizado por los poderes públicos, enseñanza no reglada, la cuál será jurídicamente irrelevante a efectos del artículo 27 CE, si bien deberá sujetarse al objetivo previsto constitucionalmente en el 27.2 de nuestra Constitución para toda actividad educativa: el desarrollo libre de la personalidad del estudiante.

## **1.2 La organización de la educación en España**

El sistema educativo no universitario en España se organiza en etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza, en función de las edades de los alumnos y de los contenidos de dichas enseñanzas. Los maestros y profesores que imparten docencia en cada una de ellas en el sistema público son funcionarios de carrera o funcionarios interinos que están organizados en cuerpos docentes, que a su vez están divididos en distintas especialidades.

### **1.2.1 Etapas y niveles educativos**

La estructura educativa en España a la entrada en vigor de la Constitución estaba ordenada por la Ley General de Educación de 1970 LGE.<sup>280</sup> De manera resumida estaba integrada por las siguientes enseñanzas: educación preescolar que se desarrollaba hasta los cinco años de edad; la educación general básica “EGB”, con una duración de ocho años, normalmente entre los seis y los trece años de edad; y el bachillerato unificado polivalente “BUP”, que se desarrollaba a lo largo de tres cursos académicos. Aquellos alumnos que querían acceder a la formación universitaria tenían que realizar un curso de orientación previo “COU”. De manera paralela estaba la formación profesional, a

---

<sup>280</sup> Ley 14/1970. de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa

partir de los catorce años de edad, que estaba dividida en tres grados, si bien el tercer grado nunca se implantó. Por último se ofertaba la educación permanente de adultos y la educación especial.<sup>281</sup>

La entrada en vigor de la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo LOGSE en 1990<sup>282</sup> supuso una reforma integral de la organización educativa, especialmente en la prolongación de la enseñanza obligatoria que pasó de los 14 años de edad de la Educación General Básica, a los 16 de la Educación Secundaria Obligatoria. La LOGSE implantó una nueva estructura de las enseñanzas que con ligeras modificaciones de las posteriores leyes ha permanecido en vigor hasta hoy. Las enseñanzas no universitarias que ofrece el sistema educativo en la actualidad son las siguientes:

- a) Educación infantil.<sup>283</sup>
- b) Educación primaria.<sup>284</sup>
- c) Educación secundaria obligatoria.<sup>285</sup>
- d) Bachillerato.<sup>286</sup>
- e) Formación profesional.<sup>287</sup>
- f) Enseñanzas artísticas.<sup>288</sup>
- g) Enseñanzas de idiomas.<sup>289</sup>
- h) Educación deportivas.<sup>290</sup>

---

<sup>281</sup> Para una comprensión profunda de la organización de las enseñanzas en la LGE, ver capítulo II del Título I, arts. 13 a 29.

<sup>282</sup> Ley Orgánica 1/1990, de 4 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo.

<sup>283</sup> Regulada en el capítulo I del Título I, arts 12 a 15 de la LOE

<sup>284</sup> Regulada en el capítulo II del Título I, arts 16 a 21 de la LOE

<sup>285</sup> Regulada en el capítulo III del Título I, arts 22 a 31 de la LOE

<sup>286</sup> Regulada en el capítulo IV del Título I, arts 32 a 38 de la LOE

<sup>287</sup> Regulada en el capítulo V del Título I, arts 39 a 44 de la LOE

<sup>288</sup> Regulada en el capítulo VI del Título I, arts. 45 a 58 de la LOE

<sup>289</sup> Regulada en el capítulo VII del Título I, arts 59 a 62 de la LOE

<sup>290</sup> Regulada en el Capítulo VIII del Título I, arts 63 a 65 de la LOE

i) Educación de personas adultas.<sup>291</sup>

La educación primaria, con seis años de duración y la educación secundaria obligatoria, con cuatro cursos académicos, normalmente entre los doce y los dieciséis años de edad, constituyen la educación básica. La educación secundaria se divide en educación secundaria obligatoria y educación secundaria postobligatoria. Constituyen la educación secundaria postobligatoria el bachillerato, la formación profesional de grado medio, las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de grado medio y las enseñanzas deportivas de grado medio. Las enseñanzas artísticas superiores, la formación profesional de grado superior, las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de grado superior y las enseñanzas deportivas de grado superior, constituyen la educación superior. Las enseñanzas de idiomas, las enseñanzas artísticas y las deportivas tienen la consideración de enseñanzas de régimen especial.

### **1.2.2 Cuerpos docentes**

Los profesores y maestros de la enseñanza pública en España son funcionarios de carrera e interinos que, al igual que el resto de los funcionarios, están organizados en cuerpos y niveles. De esta manera cada uno de los cuerpos docentes tiene atribuidas competencias para desarrollar su trabajo en los distintos tipos y niveles de enseñanza. Los cuerpos existentes en la actualidad y sus atribuciones docentes son los siguientes:<sup>292</sup>

a) Cuerpo de maestros en la educación infantil y primaria.

b) Los cuerpos de catedráticos de enseñanza secundaria y de profesores de enseñanza secundaria en la educación secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional.

---

<sup>291</sup> Regulada en el capítulo IX del Título I, arts. 66 a 70 de la LOE.

<sup>292</sup> La configuración actual de los distintos cuerpos docentes se realizó en las Disposiciones Adicionales décima y decimocuarta de la LOGSE.



c) El cuerpo de profesores técnicos de formación profesional en la formación profesional y, excepcionalmente, en la educación secundaria obligatoria.

d) El cuerpo de profesores de música y artes escénicas en las enseñanzas elementales y profesionales de música y danza, y en las enseñanzas de arte dramático.

e) El cuerpo de catedráticos de música y artes escénicas en las enseñanzas superiores de música y danza y en las de arte dramático.

f) Los cuerpos de catedráticos de artes plásticas y diseño y de profesores de artes plásticas y diseño en las enseñanzas de artes plásticas y diseño, en las enseñanzas de conservación y restauración de bienes culturales y en las enseñanzas de la modalidad de artes del bachillerato que se determinen.

g) El cuerpo de maestros de taller de artes plásticas y diseño en las enseñanzas de artes plásticas y diseño y en las enseñanzas de conservación y restauración de bienes culturales.

h) Los cuerpos de catedráticos de escuelas oficiales de idiomas y de profesores de escuelas oficiales de idiomas en las enseñanzas de idiomas.

Esta estructura determina los procesos de selección para cada uno de los cuerpos

### ***1.2.3 Especialidades docentes***

Como hemos visto existe una gran variedad de enseñanzas que abarcan diferentes edades y conocimientos muy diversos. Asimismo cada una de las distintas enseñanzas se estructura en áreas, materias o módulos pues integra un conjunto heterogéneo de saberes. Ello hace imprescindible la división de cada uno de los cuerpos en distintas especialidades docentes para ajustar el perfil profesional del profesor o maestro a la materia a impartir. Ello permitirá seleccionar a

profesionales con dominio específico en cada una de las materias y por tanto mejor capacitados para impartir las enseñanzas.

Por ello se ha regulado<sup>293</sup> las especialidades en que se dividen los distintos cuerpos de funcionarios, así como su atribución docente, esto es, las áreas, materias o módulos que cada especialidad puede impartir. Así el cuerpo de maestros se subdivide en especialidades como educación infantil, primaria, educación física, lengua extranjera o música entre otras. Mucho más compleja es la división en especialidades de los cuerpos de profesores de enseñanza secundaria y profesores técnicos de formación profesional. Desde especialidades tan evidentes como matemáticas, lengua castellana y literatura o filosofía, a otras tan especializadas como navegación e instalaciones marinas, peluquería o soldadura.<sup>294</sup> Lo mismo ocurre con el resto de los cuerpos docentes hasta sumar más de cien especialidades distintas en la enseñanza no universitaria que serán objeto de procesos de selección diferenciados.

## **2. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA DOCENTE**

La regulación del acceso a la función pública es competencia del Estado, en virtud del artículo 149.1.18<sup>a</sup>, que otorga al Estado la

---

<sup>293</sup> La LOE establece en su disposición adicional séptima, bajo el epígrafe “Ordenación de la función pública docente y funciones de los cuerpos docentes” que “Corresponde al Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, la creación o supresión de las especialidades docentes de los cuerpos a los que se refiere esta disposición, a excepción de la letra i) del apartado anterior, y la asignación de áreas, materias y módulos que deberán impartir los funcionarios adscritos a cada una de ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 93.2 de esta Ley.”

<sup>294</sup> La regulación de las especialidades docentes se encuentra en las siguientes normas reglamentarias: Real Decreto 1594/2011, de 4 de noviembre, para el cuerpo de maestros; Real Decreto 1834/2008, de 8 de noviembre, para los cuerpos de catedráticos y profesores de enseñanza secundaria y técnicos de formación profesional; Reales Decretos 427 y 428/2013, de 14 de junio, para los cuerpos de profesores y catedráticos de música y artes escénicas; Real Decreto 336/2010, de 19 de marzo, para los cuerpos de profesores y catedráticos de Escuela Oficial de Idiomas.

competencia exclusiva sobre “las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatuario de sus funcionarios”. Fue la STC 99/1987, de 11 de junio, la que vino a delimitar el contenido mínimo de la locución “estatuto de los funcionarios públicos”, entre los que se incluye la adquisición y pérdida de la condición de funcionario.<sup>295</sup> En este sentido, hay que tener en cuenta que, como señala el profesor LÓPEZ GUERRA<sup>296</sup>, el personal docente se incluye dentro de los cuerpos nacionales, con sus propias características en relación a la forma de ingreso, lo que exige una uniformidad mínima en todo el territorio del Estado en cuanto a las normas de acceso. Por ello es la Administración estatal quien fija unas condiciones básicas de oposiciones y concursos, correspondiendo a las Comunidades Autónomas con competencias sobre el tema la realización de la convocatoria específica. En este sentido, a todos los Reales Decretos que a lo largo de los años han venido regulando el ingreso a los cuerpos docentes se les ha atribuido el carácter de normativa básica.<sup>297</sup>

Ahora bien, ello no significa que las Comunidades Autónomas queden por completo excluidas de la regulación del acceso a la función docente, pues pueden, en ciertos aspectos, completar y desarrollar la normativa básica estatal. Así, en determinados casos, la normativa básica estatal remite a la Administración convocante, en este caso las comunidades autónomas, para regular algunas particularidades del

---

<sup>295</sup> Para un análisis de este tema véase el trabajo de J.L. GARCÍA RUIZ, “El marco constitucional de la función pública y el Estado autonómico”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 55, 1999.

<sup>296</sup> Ver L. LÓPEZ GUERRA, “La distribución de competencias entre Estado y Comunidades autónomas en materia de educación”, *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 7, 1983, pág. 229 y ss.

<sup>297</sup> Así lo establece, por ejemplo, la Disposición final primera, Título competencial, del Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

proceso selectivo.<sup>298</sup> En otras ocasiones es la propia disposición que regula el título competencial la que excluye del carácter de normas básicas determinados artículos del Reglamento que regula el acceso a la función docente.<sup>299</sup> En consecuencia diversas cuestiones pueden quedar en manos de las decisiones que adopten las administraciones convocantes del proceso selectivo. Muy claro es el caso de las Comunidades con lengua propia a la hora de establecer como requisito o como mérito el conocimiento de la misma, así como el procedimiento para su acreditación. Igualmente otros elementos no nucleares del proceso selectivo suelen dejarse a la decisión de las Comunidades Autónomas. El nombramiento de los tribunales, las características del periodo de prueba o la posibilidad de que las plazas desiertas en los distintos sistemas de acceso se acumulen a las correspondientes al ingreso libre, son algunos ejemplos típicos de ello.

En el ámbito estrictamente educativo el art. 149.1.30 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución<sup>300</sup>, esto es, sobre el derecho a la educación. La necesidad de una uniformidad y homologación en el sistema educativo y la igualdad de derechos entre todos los españoles determinaron que la Constitución reservara al Estado competencias preeminentes en esta materia. En virtud de esta competencia exclusiva, el Estado ha regulado el derecho a la educación y los aspectos esenciales del sistema educativo mediante distintas leyes orgánicas que

---

<sup>298</sup> Como ejemplo, el art. 53.2 del R.D 276/2007 antes citado, al referirse a las pruebas para la adquisición de nuevas especialidades por funcionarios del cuerpo de maestros establece que “La duración y las características de esta prueba se fijarán en la convocatoria por la Administración educativa convocante.”

<sup>299</sup> Así la Disposición final primera del R.D. 276/2007 determina que “se exceptúan de dicho carácter básico los siguientes artículos del reglamento...”

<sup>300</sup> Art. 149.1 CE: El Estado tiene la competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

30ª Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.

ha tenido, en la mayor parte de su articulado, el carácter de legislación básica.<sup>301</sup>

Ahora bien, ello no impide que las Comunidades autónomas puedan asumir competencias plenas, no sólo ejecutivas, sino también legislativas, como ya reconoció la temprana STC 6/1982, de 22 de febrero.<sup>302</sup> De hecho todas las comunidades autónomas han desarrollado amplias competencias en materia de educación, unas en virtud de las previsiones de sus estatutos de autonomía<sup>303</sup>, y otras a través de Leyes Orgánicas de transferencia de competencias<sup>304</sup>, de acuerdo con el art. 150.2 CE.<sup>305</sup>

En lo que atañe al acceso a la función pública docente, las Comunidades autónomas han asumido la gestión de todo el personal

---

<sup>301</sup> Así lo determinan expresamente las propias leyes como la LOGSE en sus disposiciones finales primera a tercera, o la LOE en su disposición final séptima.

<sup>302</sup> STC 6/1982, de 22 de febrero, F.J 4º: “El sistema educativo del país debe estar homologado (art. 27.8 de la Constitución) en todo el territorio del Estado; por ello y por la igualdad de derechos que el artículo 139 de la Constitución reconoce a todos los españoles es lógico que sea competencia exclusiva del Estado «la regulación de las condiciones básicas» que garanticen a todos los españoles la igualdad en el ejercicio de sus derechos constitucionales, así como, ya en el campo educativo, la regulación de las «normas básicas para el desarrollo del art. 27 de la Constitución» (art. 149.1.30 de la C. E.). Consecuencia de todo lo anterior es la declaración contenida en la disposición adicional núm.2 de la L. O. E. C. E., en la que se declara que «en todo caso y por su propia naturaleza corresponde al Estado: a) la ordenación general del sistema educativo», etc. Tales exigencias son compatibles con la competencia plena de las Comunidades Autónomas en los planos, no sólo legislativo, sino también ejecutivo, en los términos enunciados en sus respectivos Estatutos.”

<sup>303</sup> Art. 16 Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre del Estatuto de Autonomía del País Vasco; Art. 15 de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre del Estatuto de Autonomía de Cataluña; Art. 19 Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre del Estatuto de Autonomía de Andalucía; Art. 31 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, del Estatuto de Autonomía de Galicia.

<sup>304</sup> Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto, de transferencia a la Comunidad de Valencia de competencias en materia de titularidad estatal; Ley Orgánica 11/1982, de 10 de agosto, de transferencias complementarias a Canarias; Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra; Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencias de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución.

<sup>305</sup> Art. 150.2 CE: “El estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de competencia o delegación”.

docente no universitario, lo que implica la determinación de las vacantes, las convocatorias y desarrollo de los procesos selectivos, el nombramiento y cese de los funcionarios, así como las normas que regulan la provisión de vacantes mediante funcionarios interinos, aspecto éste que, como veremos más adelante, tiene una importante trascendencia en el acceso a la función docente.

### **3. LAS NORMAS QUE REGULAN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA DOCENTE**

La regulación del acceso a la función pública docente se lleva a cabo a través de un conjunto de normas de distinta jerarquía procedentes de diversas administraciones públicas. La existencia de una regulación específica para los funcionarios docentes, así como la participación de las Comunidades Autónomas que tienen transferidas las competencias educativas, conlleva la existencia de un complejo entramado de normas reguladoras de los procesos selectivos para el acceso a la función docente.

#### **3.1 Legislación estatal**

El art. 23.2 CE consagra el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas “con los requisitos que señalen las leyes”. Asimismo el art. 103.3 CE determina que la Ley regulará el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Existe, pues, una clara reserva de ley en esta materia que ha sido puesta de manifiesto en diversas ocasiones por el Alto Tribunal.<sup>306</sup>

---

<sup>306</sup> La reserva de ley en esta materia fue analizada en profundidad en la STC 99/1987, de 11 de junio, que en su F.J. 3º señaló: “En el art. 103.3 de la Constitución se establece, efectivamente, una reserva para la regulación por Ley de diversos ámbitos de la Función Pública, entre los que se encuentra el Estatuto de los funcionarios públicos”.

Por ello las leyes que han regulado a lo largo de estos años la función pública en España se han ocupado de ordenar los aspectos esenciales de la selección de los funcionarios.<sup>307</sup>

Ahora bien, la función pública docente, como hemos visto, está integrada por diversos cuerpos que a su vez se subdividen en más de cien especialidades en función de las materias a impartir. Esta peculiaridad de los profesores y maestros en relación al resto de los funcionarios, ha determinado que las distintas leyes generales de la función pública en España hayan remitido a la legislación específica educativa la regulación de numerosos aspectos de los funcionarios docentes, entre ellos, las normas relativas a su acceso.<sup>308</sup>

Por ello han sido las diferentes leyes educativas que han tenido vigencia en nuestro país las que han ordenado los aspectos básicos del proceso de selección, especialmente en lo relativo a las titulaciones mínimas requeridas para el acceso, el sistema de selección empleado y los criterios fundamentales para seleccionar a los candidatos más capaces. En concreto, han sido cuatro las leyes educativas que han regulado el acceso a la función docente en España desde la aprobación de la Constitución en 1978: la Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa “LGE” de 1970<sup>309</sup>; la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo “LOGSE” que

---

<sup>307</sup> La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, dedica el capítulo I del Título IV al “acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”.

Con anterioridad la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de reforma de la Función Pública consagró el capítulo IV a “las normas para objetivar la selección del personal, la provisión de puestos de trabajo y la promoción profesional de los funcionarios”.

<sup>308</sup> El art. 2.3 de la Ley 7/2007 del EBEP establece que “el personal docente...se registrarán por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias...”.

Por su parte el art. 1.2 de la Ley 30/1984 de Reforma de la Función Pública estableció en su día que “en aplicación de esta ley podrán dictarse normas específicas para adecuarla a las peculiaridades del personal docente.”

<sup>309</sup> Aprobada por la Ley 14/1970, de 4 de agosto.

entró en vigor en 1990<sup>310</sup>; la Ley Orgánica de Calidad de la Educación “LOCE”, aprobada en el año 2002<sup>311</sup>; la Ley Orgánica de Educación “LOE” del año 2006, y la Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa “LOMCE”, aprobada en 2013<sup>312</sup>, que modifica la anterior. Todas estas leyes han determinado en su articulado los aspectos esenciales de la selección de los funcionarios docentes, los requisitos de titulación para el ingreso, el sistema selectivo utilizado, las características de la fase de oposición, los méritos a valorar en la fase de concurso y la existencia, en su caso, de un periodo de prácticas.

### **3.2 Legislación autonómica**

Como hemos señalado en un apartado anterior, la CE atribuye al Estado la competencia para regular las bases del régimen estatutario de sus funcionarios, entre las que se incluye la adquisición de la condición de funcionario. Asimismo el art. 149. 1 30º de la CE confiere al Estado la competencia sobre las normas básicas en materia educativa, quedando en las Comunidades Autónomas la potestad de dictar legislación de desarrollo.

En el ejercicio de esas competencias varias Comunidades Autónomas han elaborado leyes educativas que contienen prescripciones relativas a la selección de los funcionarios docentes<sup>313</sup>. Esta legislación autonómica no podrá, por tanto, regular los aspectos esenciales de los procesos selectivos reservados al Estado, pero si en

---

<sup>310</sup> Aprobada por la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre.

<sup>311</sup> Aprobada por la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre.

<sup>312</sup> Aprobadas por Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo y la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre.

<sup>313</sup> La Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de educación de Andalucía regula en el art. 15 la selección del profesorado. La Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación de Cataluña regula en su capítulo IV la selección del profesorado y acceso a los cuerpos funcionariales. La ley 6/2014, de 25 de julio, Canaria de educación no Universitaria, regula en su art. 63 el acceso y el ejercicio de la función pública docente. Por último nos encontramos con la Ley 1/1993, de 19 de febrero, de la escuela Pública Vasca.



aquellos ámbitos no básicos de la normativa estatal o en aquellos otros en los que ésta remita explícitamente a la legislación autonómica. Como hemos indicado, es especialmente significativa la regulación relativa a la exigencia del conocimiento de lengua autonómica, pero también se desarrollan otras importantes materias como el contenido de la fase de prácticas o la selección del personal interino.

### **3.3 Normas reglamentarias**

La reserva de ley en la regulación de las condiciones para acceder a la función pública docente no puede considerarse como absoluta pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional<sup>314</sup>, la ley puede recabar la colaboración de las normas reglamentarias para su desarrollo y aplicación.<sup>315</sup>

Sería ilógico, y así lo ha resaltado nuestro Alto Tribunal<sup>316</sup>, exigir del legislador una ordenación detallada del proceso selectivo para acceder a la función pública docente, pues su extensión y minuciosidad rebasarían con creces el marco de una ley ordinaria. Por ello, las leyes educativas estatales se han visto completadas y desarrolladas en esta materia con reglamentos reguladores de los sistemas de ingreso a la función pública docente.<sup>317</sup>

Desde el ya lejano Real Decreto 161/1977, por el que se regula el ingreso en los cuerpos de Catedráticos Numerarios y de Profesores

---

<sup>314</sup> STC 48/1998, de 2 de marzo, F.J. 7 a): “Ahora bien, cuanto antecede no impide que la ley formal pueda recabar la colaboración reglamentaria y el recurso a los instrumentos que sean necesarios para su desarrollo y aplicación, habida cuenta de que no estamos ante una reserva absoluta.”

<sup>315</sup> La relación entre ley y reglamento en esta materia ha sido abordada en el capítulo I, apartado 5.3.2.2.

<sup>316</sup> STC 47/1990, F.J. 7º

<sup>317</sup> En la terminología utilizada en estos reglamentos se emplea la palabra ingreso para los procesos selectivos libres, es decir, para aquellos abiertos a todos los ciudadanos que reúnan los requisitos para ser candidatos. Por otra parte la expresión acceso se reserva al paso a de los ya funcionarios a cuerpos docentes de un grupo de clasificación superior.

Agregados de Bachillerato, hasta el actual Real Decreto 276/2007 por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, acceso y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes, han sido diversas las normas reglamentarias que han regulado el acceso a la función pública docente.<sup>318</sup> Aspectos como la composición y funcionamiento de los tribunales, los requisitos que han de reunir los participantes, las pruebas de la fase de oposición, los méritos de la fase de concurso o la regulación en la fase de prácticas se establecen en estos reales decretos.

Igualmente, aunque en menor medida, las Comunidades autónomas han aprobado reglamentos que regulan aspectos importantes para el acceso a la función pública docente, especialmente en lo relativo a la formación y permanencia de las listas de funcionarios interinos.<sup>319</sup>

---

<sup>318</sup> Las principales normas reglamentarias derivadas de la LGE fueron el Decreto 375/1974, de 7 de febrero por el que se regula transitoriamente el acceso al Cuerpo de Profesores de Educación General Básica, el Real Decreto 161/1977, por el que se regula el ingreso en los cuerpos de Catedráticos Numerarios y de Profesores Agregados de Bachillerato y el Real Decreto 533/1986, de 14 de marzo, que establece con carácter provisional normas específicas sobre procedimiento de ingreso, a excepción de la universitaria.

Derivados de la LOGSE encontramos el Real Decreto 574/1991, de 22 de abril que regula transitoriamente el ingreso en los cuerpos de funcionarios docentes y el Real Decreto 850/1993 de ingreso y adquisición de especialidades de los Cuerpos de funcionarios docentes.

Durante la vigencia de la LOCE se aprobó Real Decreto 334/2004, de 27 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes que imparten las enseñanzas escolares del sistema educativo y en el Cuerpo de Inspectores de Educación.

Por último en desarrollo de la LOE tenemos el Real Decreto 276/2007 por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, acceso y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes.

<sup>319</sup> Todas las Comunidades autónomas tienen una regulación propia por vía reglamentaria de las condiciones de acceso y permanencia en las listas de interinos de los distintos cuerpos docentes. Como ejemplos; Orden EDU 60/2009, de 8 de junio, por la que se regula la provisión de empleo docente interino en los centros públicos dependientes de la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Decreto 98/2007, de 22 de mayo por el que se regula la provisión interna de puestos de trabajo de personal docente no universitario de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Decreto 96/2011, de 26 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se establece el régimen de provisión de puestos de trabajo de funcionarios docentes no universitarios por personal interino en la Comunidad Autónoma de Aragón.

En consecuencia, es en esta clase de normas donde se encuentra la ordenación detallada de todo el proceso selectivo. Si bien es cierto que, como hemos visto, estas normas han de respetar los aspectos esenciales del proceso regulados en la ley, no es menos cierto que a través de estos reglamentos se podría desvirtuar por la puerta trasera, el derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 CE, y los principios de mérito y capacidad indisociablemente unidos a él.

### **3.4 Convocatoria y bases del proceso selectivo**

Es doctrina jurisprudencial reiterada<sup>320</sup> que las bases de la convocatoria de unas pruebas selectivas constituyen la ley por la que han de regirse las mismas, y vinculan por igual a los participantes y a la Administración. No obstante la anterior aseveración requiere algunas aclaraciones sobre la naturaleza jurídica de las bases de una convocatoria. Las bases constituyen los criterios reguladores del proceso selectivo que son exteriorizados formalmente a través de la convocatoria mediante una Resolución de la Consejería competente en materia educativa<sup>321</sup>. Según ha señalado reiteradamente la jurisprudencia del TS, las convocatorias de las pruebas selectivas para el ingreso a la función pública, no pertenecen a la categoría de disposiciones generales sino a la de “actos administrativos denominados plúrimos o generales”, por tratarse de actos con pluralidad de destinatarios.<sup>322</sup> Ello supone que, como señala la importante STS de 18 de julio de 2003<sup>323</sup>, no cabe confiar a un simple acto administrativo,

---

<sup>320</sup> Entre otras la STS (Sala de lo Contencioso) 6168/1988, de 14 de septiembre, F.D. segundo, y STS (Sala de lo Contencioso) 11658/1988, de 14 de septiembre, F.D. segundo.

<sup>321</sup> La confusión doctrinal entre bases y convocatoria de los procesos selectivos ha sido acertadamente señalada por J.R. CHAVES GARCÍA en *Control de Concursos y Oposiciones en la jurisprudencia*, Madrid: Ed. Reus, 2009, pág. 47.

<sup>322</sup> Ver STS Sala de lo Contencioso) 5130/2003, de 18 de julio de 2003, F.J. 4º.

<sup>323</sup> Dicha sentencia resuelve un recurso interpuesto contra una resolución del Servicio Canario de salud por el que se aprobaron las bases para un proceso selectivo de

como es la convocatoria, la determinación de los méritos valorables, pues la reserva de ley impide que un mero acto administrativo general innove por su cuenta los requisitos, méritos y demás aspectos esenciales del proceso selectivo, quedando éstos reservados a las leyes y reglamentos que regulan el acceso a la función docente. Como señala CHAVES GARCÍA<sup>324</sup>, la esencia de la convocatoria es su carácter de acto discrecional, al corresponder a la Administración la decisión sobre aspectos instrumentales del proceso selectivo, es decir, sobre el cuándo, el cómo o qué plazas se convocan, dentro, claro está de las pautas marcadas por las normas legales y reglamentaria.

#### **4. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DEL ACCESO A LA FUNCIÓN DOCENTE EN ESPAÑA.**

La regulación del acceso a la función pública docente ha tenido un tratamiento legislativo bastante uniforme a lo largo de los años, a pesar de las distintas leyes educativas que han regulado la enseñanza no universitaria en España. No obstante cada una de estas leyes presenta algunas peculiaridades que es necesario resaltar.

##### **4.1 El acceso a la función docente con la LGE de 1970**

La LGE de 1970 estableció algunos criterios para el acceso a la función docente que han permanecido inalterados a lo largo de los años. En primer lugar la elección del concurso oposición como sistema

---

facultativos especialistas de área. La normativa reguladora del proceso remitía a las bases de la convocatoria la determinación de los méritos valorables. El TS en esta sentencia señaló en su F.D cuarto que “tampoco resulta con esa misión complementaria que corresponde al Reglamento que se salve a sí mismo y confíe al acto concreto de aplicación, cual es en este caso el de aprobación de las bases y la convocatoria subsiguiente, la determinación de la fijación del criterio que, por la propia objetividad del concurso, reclama una determinación apriorística y previa basada en una norma general.”

<sup>324</sup> J.R. CHAVES GARCÍA en *Control de Concursos*, op. cit. pág. 49.

de selección, de tal forma que, junto a la oposición propiamente dicha, los candidatos puedan aportar determinados méritos que han de ser valorados.<sup>325</sup> Si bien el sistema ordinario de acceso a la función pública ha sido, con carácter general, la oposición, las sucesivas normas reguladoras del ingreso<sup>326</sup> han admitido otros sistemas como el de concurso oposición cuando la naturaleza de las funciones a desempeñar así lo aconsejara, como ha sido tradición en el ámbito educativo.

Asimismo las titulaciones exigidas para los distintos cuerpos han venido siendo muy similares con el paso de los años. Además la LGE estableció un periodo de prueba para aquellos candidatos que hubieren superado el concurso oposición. Este periodo de prueba, con algunas variaciones, ha permanecido a lo largo de los años como una fase más del proceso selectivo.

Para el acceso a la función docente la LGE estableció como criterios de selección los antecedentes académicos de los candidatos, su preparación científica y pedagógica, datos personales y caracteriológicos y sus aptitudes didácticas.

No obstante la LGE estableció dos peculiaridades que es necesario señalar y que serán objeto de un estudio más profundo en un momento posterior de este trabajo: Por un lado se permitía el acceso directo al cuerpo de profesores de Educación General Básica directamente desde las escuelas universitarias, sin necesidad de pruebas selectivas, en el

---

<sup>325</sup> Art. 107.2 LGE: “Para el ingreso definitivo en la docencia oficial existirá un sistema de selección que permita apreciar los antecedentes académicos de los candidatos, su preparación científica y pedagógica, datos personales y caracteriológicos y aptitudes didácticas, apreciadas estas últimas en un período de prueba de duración razonable y variable, según los distintos niveles y modalidades de la función educativa.”

<sup>326</sup> Los distintos reglamentos que regularon el ingreso en la Administración Pública, desde el ya lejano Decreto 1411/1968, de 27 de junio, hasta el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, pasando por el Decreto 2223/1984, han mostrado preferencia por el sistema de oposición para el ingreso en la función pública, dejando otros sistemas como el de concurso oposición o el de concurso puro para situaciones excepcionales.

caso de expedientes sobresalientes a lo largo de los estudios.<sup>327</sup> Por otro lado se estableció un turno restringido de acceso para aquellos maestros y profesores que hubieren prestado al menos cinco años de servicio completos como interinos.<sup>328</sup>

## **4.2 La regulación del sistema selectivo en la LOGSE**

El sistema de ingreso en la función pública docente durante la vigencia de la LOGSE fue, al igual que en la LGE, el de concurso-oposición.<sup>329</sup> En la fase de concurso se valoraban, entre otros méritos, la formación académica y la experiencia docente previa. En la fase de oposición se tenían en cuenta la posesión de conocimientos específicos necesarios para impartir la docencia, la aptitud pedagógica y el dominio de las técnicas necesarias para el ejercicio docente. Las pruebas se convocaban de acuerdo con las áreas y materias que integran el currículo correspondiente de cada especialidad. Para la selección de los aspirantes se tenía en cuenta la valoración de ambas fases del concurso-oposición, sin perjuicio de la necesaria superación de las pruebas correspondientes. Asimismo, se preveía una fase de prácticas que podría incluir cursos de formación y constituía parte del proceso selectivo.

Un aspecto de la regulación que dispuso la LOGSE que es necesario resaltar es el establecimiento de un periodo transitorio en el que la consideración como mérito de la experiencia en la enseñanza pública tenía una valoración preferente<sup>330</sup>. Con ello se pretendía

---

<sup>327</sup> Art. 110.1 de la LGE y posteriormente desarrollado por el Decreto 375/1974, de 7 de febrero, por el que se regula provisionalmente el acceso al cuerpo de profesores de Educación General Básica.

<sup>328</sup> Ver Disposición Adicional Transitoria sexta, 6 de la LGE.

<sup>329</sup> Regulado en la Disposición Adicional 9ª de la LOGSE

<sup>330</sup> Disposición transitoria quinta apartado 2º de la LOGSE: “Las tres primeras convocatorias de ingreso en la función pública docente, que se produzcan después de la entrada en vigor de la presente Ley, se realizarán conforme a un sistema de selección en el que se valoren los conocimientos sobre los contenidos curriculares que

favorecer el acceso a la función pública de grandes bolsas de funcionarios interinos que se habían acumulado en los años anteriores. Por ello la Ley implantó, durante las tres primeras convocatorias tras su aprobación, un polémico sistema claramente ventajoso para quienes podían acreditar la prestación de servicios en la enseñanza pública.<sup>331</sup>

### **4.3 El continuismo en la LOCE**

La regulación en la LOCE del ingreso a la función docente no presentó novedades significativas, manteniendo el concurso oposición como sistema selectivo, las mismas titulaciones requeridas para el acceso y la existencia de una fase posterior de prácticas.

Tanto en la fase de concurso como en la de oposición, la LOCE contempló los mismos criterios de selección que contemplaba su antecesora la LOGSE. En concreto en la fase de concurso se valoraba la formación académica y la experiencia docente previa. Por su parte la oposición tenía en cuenta la posesión de conocimientos específicos necesarios para impartir la docencia, la aptitud pedagógica y el dominio de las técnicas necesarias para el ejercicio docente.<sup>332</sup> En suma puede

---

deberán impartir los candidatos seleccionados y su dominio de los recursos didácticos y pedagógicos, así como los méritos académicos. Entre éstos tendrán una valoración preferente los servicios prestados en la enseñanza pública. Para la selección de los aspirantes se tendrán en cuenta la valoración ponderada y global de ambos apartados.”

<sup>331</sup> El sistema transitorio previsto en la LOGSE fue desarrollado por el RD 574/1991, de 22 de abril.

<sup>332</sup> Disposición adicional undécima, apartado 1º: “El sistema de ingreso en la función pública docente será el de concurso-oposición convocado por las respectivas Administraciones educativas. En la fase de concurso se valorarán, entre otros méritos, la formación académica y la experiencia docente previa. En la fase de oposición se tendrán en cuenta la posesión de conocimientos específicos necesarios para impartir la docencia, la aptitud pedagógica y el dominio de las técnicas necesarias para el ejercicio docente. Las pruebas se convocarán, según corresponda, de acuerdo con las áreas, materias, asignaturas y módulos que integran el currículo correspondiente. Para la selección de los aspirantes se tendrá en cuenta la valoración de ambas fases del concurso-oposición, sin perjuicio de la superación de las pruebas correspondientes. El número de aprobados no podrá superar el número de plazas convocadas. Asimismo, existirá una fase de prácticas, que podrá incluir cursos de formación, y constituirá parte del proceso selectivo.”

concluirse que los criterios generales para el acceso a la función docente que estableció la LOCE eran, con matices, una réplica de los aprobados en su día en la ley que la precedió.

#### **4.4 La LOE y los sistemas excepcionales de acceso**

La redacción que establece la disposición adicional duodécima de la LOE para regular el acceso a la función docente es prácticamente idéntica a la contemplada en las dos leyes que la precedieron, la LOGSE y la LOCE<sup>333</sup>. En consecuencia la selección de los docentes se realiza mediante un concurso oposición. En la fase de concurso se valoran, entre otros méritos, la formación académica y la experiencia docente previa. En la fase de oposición se tienen en cuenta la posesión de los conocimientos específicos de la especialidad docente a la que se opta, la aptitud pedagógica y el dominio de las técnicas necesarias para el ejercicio docente.

Pero junto a estas prescripciones de carácter general la LOE introduce sistemas excepcionales de acceso a la función docente para su implantación durante un periodo transitorio.

Así la disposición transitoria decimoséptima estipula, en su apartado primero, que “el Ministerio de Educación y Ciencia propondrá a las Administraciones educativas, a través de la Conferencia Sectorial

---

<sup>333</sup> Disposición adicional duodécima. *Ingreso y promoción interna.*

1. “El sistema de ingreso en la función pública docente será el de concurso-oposición convocado por las respectivas Administraciones educativas. En la fase de concurso se valorarán, entre otros méritos, la formación académica y la experiencia docente previa. En la fase de oposición se tendrán en cuenta la posesión de los conocimientos específicos de la especialidad docente a la que se opta, la aptitud pedagógica y el dominio de las técnicas necesarias para el ejercicio docente. Las pruebas se convocarán, según corresponda, de acuerdo con las especialidades docentes. Para la selección de los aspirantes se tendrá en cuenta la valoración de ambas fases del concurso-oposición, sin perjuicio de la superación de las pruebas correspondientes. El número de seleccionados no podrá superar el número de plazas convocadas. Asimismo, existirá una fase de prácticas, que podrá incluir cursos de formación, y constituirá parte del proceso selectivo.”



de Educación, la adopción de medidas que permitan la reducción del porcentaje de profesores interinos en los centros educativos, de manera que en el plazo de cuatro años, desde la aprobación de la presente Ley, no se sobrepasen los límites máximos establecidos de forma general para la función pública.”

Una de esas medidas para reducir el porcentaje de profesores interinos es el sistema excepcional de acceso previsto en el apartado 2 de la citada disposición transitoria<sup>334</sup>, que fue de aplicación durante el periodo de implantación de la LOE, es decir desde el año 2006 al año 2010.

Para favorecer el acceso del profesorado interino dicho procedimiento selectivo dispuso: por un lado, una valoración preferente de la experiencia docente previa en la fase de concurso; por otro, la fase de oposición constaba de una única prueba que incluía, no sólo los contenidos de la especialidad correspondiente, sino también la aptitud pedagógica y el dominio de las técnicas necesarias para el ejercicio de la docencia.

Además la ley permitió, durante los tres años posteriores a su entrada en vigor, la posibilidad de convocar pruebas específicas de acceso a la función pública para personal laboral fijo, dependientes de administraciones no autonómicas, que realizaran funciones docentes.<sup>335</sup>

---

<sup>334</sup> Disposición transitoria undécima apartado 2: “Durante los años de implantación de la presente Ley, el acceso a la función pública docente se realizará mediante un procedimiento selectivo en el que, en la fase de concurso se valorarán la formación académica y, de forma preferente, la experiencia docente previa en los centros públicos de la misma etapa educativa, hasta los límites legales permitidos. La fase de oposición, que tendrá una sola prueba, versará sobre los contenidos de la especialidad que corresponda, la aptitud pedagógica y el dominio de las técnicas necesarias para el ejercicio de la docencia. Para la regulación de este procedimiento de concurso-oposición, se tendrá en cuenta lo previsto en el apartado anterior, a cuyos efectos se requerirán los informes oportunos de las Administraciones educativas.

<sup>335</sup> Disposición transitoria quinta. *Personal laboral fijo de centros dependientes de Administraciones no autonómicas.*

1. “Cuando se hayan incorporado, con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, o se incorporen durante los tres primeros años de su aplicación, centros previamente dependientes de cualquier Administración Pública a las redes de centros docentes dependientes de las Administraciones educativas, el personal laboral que fuera fijo en el momento de la integración y realice funciones docentes en dichos

Estos procesos selectivos de funcionarización, reservados exclusivamente para este tipo de personal, fueron desarrollados por varias comunidades autónomas y serán objeto de un estudio detallado en un apartado posterior.

## **5. ELEMENTOS DEFINITORIOS DEL PROCEDIMIENTO SELECTIVO DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA DOCENTE**

Las normas procedimentales que han ordenado el acceso a la función pública docente han sido prácticamente idénticas a lo largo de todos estos años. Los Reales Decretos que han regulado el acceso a la función docente desde la aprobación de la LOGSE<sup>336</sup>, han establecido sistemas de ingreso<sup>337</sup> mediante concurso-oposición muy similares. Las normas relativas a los requisitos específicos para poder presentarse, el funcionamiento de la oposición, los méritos del concurso, los órganos de selección o el periodo de prácticas contienen redacciones que parecen transcripciones exactas de unas normas a otras. Las diferencias sutiles, que iremos analizando, se plantean especialmente en la valoración de los méritos y su ponderación con la oposición y en determinados

---

centros, podrá acceder a los cuerpos docentes regulados en esta Ley, previa superación de las correspondientes pruebas selectivas convocadas a tal efecto por los respectivos Gobiernos de las Comunidades Autónomas. Dichas pruebas deberán garantizar, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, en la forma que determinen los Parlamentos autonómicos, debiendo respetarse, en todo caso, lo establecido en la normativa básica del Estado.

2. Los procedimientos de ingreso a que hace referencia esta disposición sólo serán de aplicación en el plazo de tres años.”

<sup>336</sup> Han sido cuatro los Reales Decretos que han regulado el procedimiento selectivo desde la aprobación de la LOGSE. A saber: RD 574/1991, de 22 de abril; RD 850/1990, de 4 de junio; RD 334/2004, de 27 de febrero; y RD 276/2007, de 23 de febrero.

<sup>337</sup> Las normas reguladoras de los procesos selectivos han utilizado siempre la expresión “ingreso” para aquellos procedimientos de acceso libre, que son el objeto de estudio del presente trabajo. La expresión “acceso” ha venido reservada para los procesos de paso de un grupo a otro superior dentro de la escala funcionarial y por lo tanto relativos a la promoción profesional dentro de la función pública.

sistemas transitorios que favorecen el acceso a los funcionarios interinos.

## 5.1 Requisitos de los participantes

Se pueden distinguir dos tipos de requisitos claramente diferenciados:

a) Por un lado, aquellos ciudadanos que quieran participar en los procedimientos de selección para el acceso a la función pública docente, han de cumplir una serie de *requisitos generales*, comunes al resto de los procesos selectivos de acceso a la función pública.<sup>338</sup> En primer

---

<sup>338</sup> R.D 276/2007 de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Artículo 12. Requisitos generales.

1. Quienes aspiren a participar en los procedimientos selectivos deberán cumplir las condiciones generales siguientes:

a) Ser español o nacional de alguno de los demás Estados miembros de la Unión Europea o nacional de algún Estado al que sea de aplicación la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo sobre libre circulación de trabajadores y la norma que se dicte para su incorporación al ordenamiento jurídico español.

b) Tener cumplidos dieciocho años y no haber alcanzado la edad establecida, con carácter general, para la jubilación.

c) No padecer enfermedad ni estar afectado por limitación física o psíquica incompatible con el desempeño de las funciones correspondientes al cuerpo y especialidad a que se opta.

d) No haber sido separado, mediante expediente disciplinario, del servicio de cualquiera de las Administraciones públicas, ni hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas. Los aspirantes cuya nacionalidad no sea la española deberán acreditar, igualmente, no estar sometidos a sanción disciplinaria o condena penal que impida, en su Estado, el acceso a la función pública.

e) No ser funcionario de carrera, en prácticas o estar pendiente del correspondiente nombramiento como funcionario de carrera del mismo cuerpo al que se refiera la convocatoria, salvo que se concurra a los procedimientos para la adquisición de nuevas especialidades a que se refiere el Título V de este Reglamento.

f) Acreditar, en su caso, el conocimiento de la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma convocante, de acuerdo con su normativa.

2. Asimismo, de acuerdo con lo que se establece en el artículo 16 de este Reglamento, las convocatorias podrán determinar la forma en que, los aspirantes que no posean la

lugar ser español o nacional de alguno de los demás Estados miembros de la Unión Europea, pues como hemos visto con anterioridad<sup>339</sup>, la libre circulación de trabajadores impide restricciones en el acceso a la función pública. En este caso los aspirantes deberán acreditar un conocimiento adecuado del castellano. Otro requisito general es el relativo a la edad. Los participantes han de tener cumplidos dieciocho años y no haber alcanzado la edad establecida con carácter general para la jubilación. Se exige, además, no padecer enfermedad ni estar afectado por limitación física o psíquica incompatible con el desempeño de las funciones correspondientes al cuerpo y especialidad a la que se opta. Asimismo se excluye a aquellos que hayan sido separados, mediante expediente disciplinario, del servicio de cualquiera de las Administraciones públicas, o se hallen inhabilitados para el ejercicio de funciones públicas. Por último, en aquellas Comunidades Autónomas con lengua cooficial, se podrá exigir el conocimiento de la misma, de acuerdo con la normativa de esas Comunidades.<sup>340</sup>

b) Además de las condiciones generales que hemos citado, quienes aspiren a participar en los procedimientos selectivos de acceso a la función docente deberán reunir unos *requisitos específicos*, referidos principalmente a la posesión de una titulación. Así, para el ingreso al cuerpo de maestros es necesario tener el título de maestro o el título de grado correspondiente. Para otros cuerpos docentes, como el de profesores de enseñanza secundaria, se requiere estar en posesión del título de doctor, licenciado, ingeniero, arquitecto, o el título de grado

---

nacionalidad española, deban acreditar un conocimiento adecuado del castellano y, en su caso, del idioma propio cooficial.

<sup>339</sup> Ver Capítulo I, apartado 4.2.

<sup>340</sup> Art 56.2 EBEP: “Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, deberán prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales.”

correspondiente.<sup>341</sup> No obstante en cada uno de estos casos existen excepciones que permiten tomar parte a aquellos que posean otros títulos que hayan sido equivalentes mediante disposición reglamentaria para la docencia en cada especialidad.<sup>342</sup> Así se permite el acceso al cuerpo de profesores de enseñanza secundaria a quienes tengan determinadas diplomaturas, o sean ingenieros y arquitectos técnicos en función de la especialidad a la que se opta. Igualmente ocurre con el ingreso al cuerpo de profesores técnicos de formación profesional cuando se abre la participación a aquellos que posean determinados ciclos formativos de grado superior dependiendo de la especialidad a la que se opta. Por último, se exige, excepto en el cuerpo de maestros, estar en posesión de una determinada formación pedagógica y didáctica, que ha venido variando a lo largo de los años, y que en la actualidad se concreta en una formación universitaria de postgrado que habilita para el ejercicio de la profesión docente.<sup>343</sup>

## **5.2 Los órganos de selección**

La selección de los participantes en los procedimientos selectivos se realiza por tribunales, y en su caso, cuando exista más de un tribunal, se podrán constituir comisiones de selección. No obstante, la convocatoria podrá establecer que la asignación de la puntuación que corresponda a los aspirantes según los baremos para todos o alguno de los méritos incluidos en los mismos, se encomiende a órganos de la Administración distintos de los Tribunales o Comisiones de selección,

---

<sup>341</sup> Las titulaciones requeridas con carácter general para los distintos cuerpos docentes vienen establecidas en los arts. 92 y ss. de la LOE.

<sup>342</sup> Para ello en los diferentes cuerpos se permite al Gobierno la habilitación de otras titulaciones a efectos de docencia en función de las áreas o materia a impartir, previa consulta a las Comunidades Autónomas. (arts. 94 y ss LOE)

<sup>343</sup> Esta formación se halla regulada en la ORDEN ECI/3858/2007, de 27 de diciembre, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de las profesiones de Profesor de Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato, Formación Profesional y Enseñanzas de Idiomas

quienes realizarán esta valoración en nombre de los referidos órganos de selección.<sup>344</sup>

Los miembros de los tribunales serán funcionarios de carrera en activo de los cuerpos docentes, y pertenecerán todos a cuerpos de igual o superior grupo de clasificación que al que optan los aspirantes. Como excepción a los procesos de acceso a otros cuerpos funcionariales, los tribunales podrán estar integrados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al cuerpo al que corresponda el proceso selectivo.<sup>345</sup>

Los tribunales estarán formados por un número impar no inferior a cinco y en su composición se tendrá en cuenta el principio de especialidad, de tal manera que la mayoría de sus miembros sean titulares de la especialidad docente objeto del procesos selectivo. Cuando esto no resulte posible, por no existir en el ámbito de la Administración educativa convocante funcionarios docentes suficientes en alguna especialidad, se podrá solicitar a otras Administraciones educativas que propongan funcionarios de la especialidad correspondiente para formar parte de los tribunales, o se podrán completar con funcionarios de otra especialidad, pudiendo designarse en este caso asesores especialistas.

La designación de los presidentes de los tribunales se realizará libremente por el órgano convocante. Los demás miembros serán designados por sorteo, salvo en aquellas especialidades en que el número de titulares no permita la realización del mismo, en cuyo caso las convocatorias podrán prever otra forma de designación.

Por su parte las comisiones de selección estarán constituidas por al menos cinco miembros, pudiendo formar parte de ellas los presidentes de los tribunales. Los tribunales y, en su caso, las

---

<sup>344</sup> Esta posibilidad está contemplada en el art. 6.5 del RD 276/2007, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y se regula el régimen transitorio de ingreso a que se refiere la disposición transitoria decimoséptima de la citada ley.

<sup>345</sup> La composición de los órganos de selección se encuentra regulada en el art. 7 del RD 276/2007.

comisiones de selección podrán proponer la incorporación a sus trabajos de asesores especialistas que asesorarán en la evaluación de los conocimientos y los méritos objeto de la especialidad.

La participación en los órganos de selección tiene carácter obligatorio, si bien no podrán formar parte de los órganos de selección quienes hubiesen realizado tareas de preparación de aspirantes a pruebas selectivas en los cinco años anteriores a la publicación de la correspondiente convocatoria.<sup>346</sup>

Son funciones de los órganos de selección la calificación de las distintas pruebas de oposición, la valoración de los méritos en la fase de concurso y el desarrollo de los procedimientos selectivos, de acuerdo con lo que disponga la convocatoria.

En el caso de que se constituyan comisiones de selección, éstas se encargarán de la coordinación de los tribunales, la determinación de los criterios de actuación de los tribunales y la homogeneización de los mismos, la agregación de las puntuaciones de la fase de concurso y oposición, así como la declaración de los aspirantes que hayan superado las fases de concurso y oposición y su publicación.<sup>347</sup>

### **5.3 La fase de oposición**

En la fase de oposición de los procedimientos selectivos se tiene en cuenta la posesión de los conocimientos específicos necesarios para impartir la especialidad docente a la que se opta, la aptitud pedagógica y el dominio de las técnicas necesarias para el ejercicio docente. En todas las especialidades que incluyan habilidades instrumentales o técnicas, estas habilidades son evaluadas en alguna de las pruebas. En consecuencia las pruebas se convocan para cada especialidad docente,

---

<sup>346</sup> Arts. 8.3 y 8.4 del RD 276/2007.

<sup>347</sup> Las funciones de los órganos de selección vienen claramente delimitadas en el art. 6 del RD 276/2007.

con un temario propio, de acuerdo con las áreas, materias, asignaturas y módulos que se integran en el currículo correspondiente.

El número de pruebas que integran la oposición, su contenido, organización y valoración, si bien presentan unos rasgos comunes a lo largo de los años, han sufrido variaciones importantes en cada uno de los reglamentos que han regulado el proceso.

En la actualidad la oposición consta de dos pruebas.<sup>348</sup> La primera de ellas tiene por objeto la demostración de los conocimientos específicos de la especialidad docente a la que se opta y, a su vez, consta de dos partes. Una primera parte práctica que permite valorar el dominio de las habilidades técnicas del candidato; y una segunda consistente en el desarrollo por escrito de un tema elegido por el aspirante de entre un número de temas extraídos al azar por el tribunal del total de temas del temario de cada especialidad. El número de temas extraídos al azar ha variado a lo largo de las convocatorias y tiene, sin duda como veremos, una influencia en la posible desnaturalización de la fase de oposición. En la actualidad estas dos partes no son eliminatorias, de tal suerte que puede superarse esta primera prueba cuando se alcance una puntuación total de cinco sobre diez y la puntuación obtenida en cada una de las partes sea igual o superior al 25% de la puntuación asignada a las mismas. En otros reglamentos reguladores del proceso selectivo ambas pruebas, teórica y práctica, eran eliminatorias, de suerte que era necesario obtener un cinco en cada una de ellas para superar la oposición.

La segunda de las pruebas tiene por objeto la comprobación de la aptitud pedagógica del aspirante y su dominio de las técnicas necesarias para el ejercicio docente y consiste en la presentación de una programación didáctica y en la preparación y exposición de una unidad didáctica de entre tres extraídas al azar, bien de su programación, bien del temario de la oposición. Esta prueba también ha sufrido variaciones

---

<sup>348</sup> La regulación detallada de la fase de oposición para el acceso a la función pública docente se encuentra en el capítulo II del Título III, arts. 18 a 22 del RD 276/2007.



a lo largo de los años con una influencia determinante en el resultado de la oposición.

Las dos pruebas descritas tienen carácter eliminatorio, por lo que es necesario que el candidato haya alcanzado una puntuación de cinco sobre diez si quiere superar la fase de oposición.

Por último hay que resaltar que a lo largo de los años han existido sistemas excepcionales que, con carácter transitorio, regularon el acceso con la confesada intención de favorecer a los funcionarios interinos. En esos casos, que analizaremos más adelante en profundidad, la fase de oposición presentó distintas variaciones en relación a lo descrito, con una notable influencia en el desarrollo del proceso selectivo.

#### **5.4 La fase de concurso**

Los méritos que se valoran en la fase de concurso han permanecido prácticamente inalterados a lo largo de la reciente historia del acceso a la función pública docente. Las variaciones han venido por la vía de la ponderación entre unos méritos y otros, así como por la relación entre la fase de concurso y la de oposición. En todo caso la fase de concurso se aplica únicamente a aquellos candidatos que hayan superado la oposición.

En esta fase se valoran como méritos, entre otros, la formación académica y la experiencia docente previa.<sup>349</sup> Respecto a la experiencia docente se ha venido distinguiendo, a efectos de valoración, entre aquella que se ha prestado en centros integrados en la red pública de centros creados y sostenidos por las Administraciones educativas, de los servicios docentes en otros tipo de centros, especialmente los de titularidad privada. Asimismo se valora de manera diferente la experiencia en especialidades del mismo cuerpo al que se opta de los

---

<sup>349</sup> La fase de concurso se regula en el capítulo III del Título III, arts. 18 a 22 del RD 276/2007, así como en el anexo I de la citada norma en la que se fijan los baremos de méritos.

servicios prestados en especialidades de otros cuerpos docentes. Durante algunos años<sup>350</sup> se valoró igualmente de manera preferente la experiencia en la especialidad concreta a la que se optaba, si bien en la actualidad esta preferencia ha sido eliminada.

Respecto a la formación académica se tienen en cuenta, además del expediente académico del título alegado para acceder a la función pública, eventuales doctorados y premios extraordinarios, otras titulaciones universitarias que posea el candidato, así como otras titulaciones oficiales distintas de las universitarias, como las que proceden de las enseñanzas de régimen especial o de la formación profesional específica.

Por último, en las respectivas convocatorias se podrán incluir otros méritos diversos, como por ejemplo el dominio de lenguas extranjeras, publicaciones relacionadas con la especialidad a la que se opta, participación en proyectos de innovación y experimentación, otros cursos de formación y perfeccionamiento o méritos específicos de la especialidad, como en el caso de las enseñanzas artísticas.

La forma en que se valoren y ponderen todos estos méritos puede tener una influencia decisiva en el resultado del proceso selectivo y será objeto de estudio posterior.

## **5.5 La calificación de las distintas fases**

La calificación correspondiente a la fase de oposición se calcula mediante la media aritmética de las puntuaciones obtenidas en las pruebas integrantes de esta fase, cuando todas ellas hayan sido superadas. La ponderación de las puntuaciones de las fases de oposición y concurso para formar la puntuación global es y ha sido

---

<sup>350</sup> El R.D 850/93, de 4 de junio, ha sido el único reglamento que ha regulado el ingreso en la función docente que ha dado una valoración superior a la experiencia en la concreta especialidad docente a la que se opta.

siempre de dos tercios para la fase de oposición y un tercio para la fase de concurso.<sup>351</sup>

Serán seleccionados para pasar a la fase de concurso aquellos aspirantes que, una vez ordenados según la puntuación global de las dos fases, tengan un número de orden igual o menor que el número de plazas convocadas en el correspondiente cuerpo y especialidad. Por lo tanto no puede haber más candidatos seleccionados que número de plazas ofertadas. En caso de empate prevalece la mayor puntuación en la fase de oposición.

## **5.6 La fase de prácticas**

La mera superación de las fases de oposición y concurso no conlleva, por sí sola, derecho alguno de ingreso a la función pública docente. Una vez que el órgano de selección haya publicado la lista de los aspirantes seleccionados que han superado las fases de oposición y concurso, ha de procederse a nombrar a los mismos funcionarios en prácticas, comenzando así la última parte del proceso selectivo, la fase de prácticas.<sup>352</sup> Hay que resaltar que el número de aspirantes que pasan a la fase de prácticas no puede superar el número de plazas que se ofertan en el proceso selectivo, por lo que estamos ante una fase no competitiva entre los aspirantes.

Las Administraciones educativas son las encargadas de regular el periodo de prácticas, que ha de incluir necesariamente un periodo de docencia directa, que forma parte del procedimiento selectivo, y que tiene por objeto comprobar la aptitud pedagógica de los aspirantes seleccionados. Este periodo, que se realiza en centros públicos, se desarrolla bajo la tutoría de profesores experimentados y ha de tener

---

<sup>351</sup> La calificación de las fases de concurso y oposición se halla regulada en el capítulo IV del Título III, arts. 24 a 28, del RD 276/2007 y en el anexo I de la citada norma en la que se fijan los baremos de méritos.

<sup>352</sup> La fase de prácticas se regula en el capítulo III del Título III, arts. 29 a 31 del RD 276/2007.

una duración mayor a un trimestre y no superior a un curso escolar y podrá incluir cursos de formación. En la evaluación de esta fase ha de garantizarse, pues, que los aspirantes posean las capacidades didácticas necesarias para la docencia. En esta evaluación, el profesor tutor y el funcionario en prácticas comparten la responsabilidad sobre la programación de las enseñanzas de los alumnos de este último. Al término de esta fase se evalúa a cada aspirante en términos de apto o no apto. En este último caso, la Administración podrá autorizar la repetición de esta fase por una sola vez durante el curso siguiente.

## **CAPÍTULO II**

# **ANÁLISIS DEL ACCESO A LA FUNCIÓN DOCENTE NO UNIVERSITARIA A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD**

Para analizar el acceso a la función docente no universitaria desde el punto de vista de las exigencias que imponen el derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad y los principios de mérito y capacidad es preciso comprobar si dichas exigencias se cumplen en relación a los siguientes elementos definitorios del proceso de selección: los requisitos de acceso a las pruebas selectivas, la valoración de los méritos en la fase de concurso, la actuación de los órganos de selección, y la valoración del conjunto de las fases que forman el proceso.

### **1. LOS REQUISITOS DE ACCESO A LAS PRUEBAS SELECTIVAS**

Todo sistema de acceso a una determinada función pública exige el cumplimiento de unos requisitos personales por parte de los aspirantes que deseen participar. Es pues fundamental analizar, en cualquier proceso de selección, cuáles son esos requisitos que delimitan la frontera entre aquellos ciudadanos que pueden participar y aquellos que quedan excluidos *ab initio*, y determinar si tales condiciones cumplen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Los requisitos generales de acceso a la función pública vienen regulados en el artículo 56 de la ya citada Ley 7/2007 del Estatuto

Básico del Empleado Público<sup>353</sup>. Esta normativa estatal tiene el carácter de legislación básica y, por lo tanto, las leyes de función pública de las Comunidades Autónomas establecen exigencias casi idénticas para sus respectivas funciones públicas. No obstante, hay que señalar que, al margen de la normativa general, un número importante de funcionarios públicos de diversos sectores<sup>354</sup>, entre ellos el docente no universitario, cuentan con una normativa especial que regula esta materia en su ámbito específico. Además, a las exigencias contempladas en la ley, debemos añadir la regulación de detalle contenida en las normas

---

<sup>353</sup> Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público:

Artículo 56. Requisitos generales.

1. Para poder participar en los procesos selectivos será necesario reunir los siguientes requisitos:

- a) Tener la nacionalidad española, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.
- b) Poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas.
- c) Tener cumplidos dieciséis años y no exceder, en su caso, de la edad mínima de jubilación forzosa. Sólo por ley podrá establecerse otra edad máxima, distinta de la edad de jubilación forzosa, para el acceso al empleo público.
- d) No haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas o de los órganos constitucionales o estatutarios de las Comunidades Autónomas, ni hallarse en inhabilitación absoluta o especial para empleos o cargos públicos por resolución judicial, para el acceso al cuerpo o escala de funcionario, o para ejercer funciones similares a las que desempeñaban en el caso del personal laboral, en el que hubiese sido separado o inhabilitado. En el caso de ser nacional de otro Estado, no hallarse inhabilitado o en situación equivalente ni haber sido sometido a sanción disciplinaria o equivalente que impida, en su Estado, en los mismos términos el acceso al empleo público.
- e) Poseer la titulación exigida.

2. Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, deberán prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales.

3. Podrá exigirse el cumplimiento de otros requisitos específicos que guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar. En todo caso, habrán de establecerse de manera abstracta y general.

<sup>354</sup> Militares, jueces, magistrados, fiscales y personal al servicio de la Administración de Justicia, docentes universitarios y no universitarios, personal sanitario de la Seguridad Social, funcionarios locales, personal al servicio de órganos constitucionales, etc.

reglamentarias de aplicación que en cada ámbito se determinen. Así, en el ámbito de la enseñanza no universitaria, los requisitos de acceso a la función pública vienen establecidos en el RD 276/2007, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes. Por todo ello, la enumeración de requisitos contenida en el EBEP, no constituye un *numerus clausus*<sup>355</sup>, pues las normas aplicables a cada proceso de selección pueden establecer otros requisitos distintos.

Debe recordarse que, tanto estos requisitos, como cualesquiera otros que se exijan en el acceso a una determinada función pública, han de cumplir los principios de igualdad, mérito y capacidad, a la luz de la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho de los mismos y que hemos analizado en los apartados anteriores: en primer lugar, los requisitos deben configurarse en base a referencias abstractas y generalizadas, y no mediante referencias individualizadas, evitando cualquier preterición o reserva *ad personam*; En segundo lugar, han de guardar relación directa con los principios de mérito y capacidad, y no con otras condiciones personales o sociales; por último, los requisitos deben tener una justificación objetiva y razonable en conexión con las funciones a desempeñar.

En el ámbito estrictamente educativo, son dos los requisitos que merecen un análisis detallado: la titulación y, desde la perspectiva de su adecuación a los principios antes señalados, el conocimiento de la lengua autonómica.

### **1.1 La titulación como requisito de capacidad en el acceso a la función pública docente**

La titulación como requisito de acceso a la función pública docente viene condicionada por la clasificación de los profesores y maestros en una gran variedad de especialidades. La posesión o no de una titulación

---

<sup>355</sup> R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II* cit. en nº 238, pág. 489.

determina la posibilidad de tomar parte en los procesos selectivos y, en consecuencia, tiene una importante influencia en la igualdad, mérito y capacidad en el acceso.

### ***1.1.1 La titulación como requisito general de acceso a la función pública***

La titulación de los funcionarios en el sistema de función pública establecido en España cumple una doble función. Por un lado constituye un requisito general para participar en los procesos selectivos de acceso al empleo público. Así lo señala el art. 56.1 e) del EBEP al establecer como uno de los requisitos generales “poseer la titulación exigida”.<sup>356</sup> Se trata, pues, de una exigencia derivada del principio constitucional de capacidad al determinar unos conocimientos y aptitudes imprescindibles para el desempeño de un puesto. En ese sentido ha interpretado en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional al manifestar que la dispensa de una titulación determinada para el acceso a una función pública “constituye un desconocimiento de los principios de mérito y capacidad”, y “menoscaba la capacidad como requisito absoluto para el desempeño de cada puesto de trabajo concreto”.<sup>357</sup>

Por otro lado, los funcionarios públicos se clasifican en España de acuerdo con la titulación exigida para el acceso a los mismos, como así señala el art. 76 del EBEP:

“Los cuerpos y escalas se clasifican, de acuerdo con la titulación exigida para el acceso a los mismos, en los siguientes grupos:

- Grupo A, dividido en dos subgrupos A1 y A2”.

---

<sup>356</sup> Esta exigencia de la posesión de un título para ser admitido en las pruebas selectivas de acceso a la función pública, ya estaba contemplada en el art. 30.1 c) del Decreto 315/1964 por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado

<sup>357</sup> STC 388/1993, de 23 de diciembre, F.J. 2º; STC 113/2010, de 24 de noviembre, F.J. 9º.



Para el acceso a los cuerpos y escalas de este Grupo se exigirá estar en posesión del título universitario de Grado. En aquellos supuestos en los que la Ley exija otro título universitario, será éste el que se tenga en cuenta.

La clasificación de los cuerpos y escalas en cada subgrupo estará en función del nivel de responsabilidad de las funciones a desempeñar y de las características de las pruebas de acceso.

- Grupo B. Para el acceso a los cuerpos y escalas del Grupo B se exigirá estar en posesión del título de Técnico Superior.
- Grupo C. Dividido en dos Subgrupos, C1 y C2, según la titulación exigida para el ingreso.
- C1: título de bachiller o técnico.
- C2: título de graduado en educación secundaria obligatoria.”

No obstante, la Disposición transitoria tercera del EBEP establece, en su apartado 1, que “hasta tanto no se generalice la implantación de los nuevos títulos universitarios a que se refiere el art. 76, para el acceso a la función pública seguirán siendo válidos los títulos universitarios vigentes a la entrada en vigor del Estatuto”. En este sentido, el apartado 2 señala que transitoriamente, los grupos de clasificación existentes a la entrada en vigor del Estatuto se integrarán en los Grupos de clasificación profesional de funcionarios previsto en el art. 76 de acuerdo con las siguientes equivalencias:

- Grupo A: Subgrupo A1
- Grupo B: Subgrupo A2
- Grupo C: Subgrupo C1
- Grupo D: Subgrupo C”
- Grupo E: Agrupaciones Profesionales a que hace referencia la Disposición Adicional séptima.<sup>358</sup>

---

<sup>358</sup> Disposición adicional séptima EBEP:

1. “Además de los grupos clasificatorios establecidos en el art. 76 del presente estatuto, las Administraciones Públicas podrán establecer otras agrupaciones diferentes de las enunciadas anteriormente, para cuyo acceso no se exija estar en posesión de ninguna de las titulaciones previstas en el sistema educativo”

Hay que recordar que, de acuerdo con la Ley 30/1984 de la Función Pública, la Ley básica en la materia hasta que en el año 2007 fue sustituida por el EBEP, para acceder al grupo A era necesario estar en posesión del título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente, mientras que el acceso al grupo B exigía Ingeniero Técnico, Diplomado universitario, Arquitecto Técnico, Formación Profesional de tercer grado o equivalente.<sup>359</sup> La progresiva armonización de los sistemas universitarios exigida por el proceso de construcción del Espacio Europeo de Educación Superior determinó una nueva regulación de las enseñanzas universitarias<sup>360</sup> desapareciendo la distinción entre licenciaturas y diplomaturas, y apareciendo los títulos universitarios de Grado.

Ahora bien, la normativa de acceso a la función pública no puede desconocer la preexistencia de estos antiguos títulos universitarios, que podríamos denominar a extinguir, pero que necesariamente han de ser tenidos en cuenta para participar en las pruebas selectivas<sup>361</sup> durante un periodo transitorio que, como señala la doctrina<sup>362</sup>, el EBEP no deja claramente determinado. Por ello, en la actualidad conviven, para el acceso a la función pública, las titulaciones universitarias antiguas con los nuevos grados.

---

<sup>359</sup> Art 25 Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública.

<sup>360</sup> Sobre este tema hay que recordar que Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, establece en su art. 37 una nueva estructuración de las enseñanzas oficiales determinado que las enseñanzas universitarias se estructurarán en tres ciclos: Grado, Master y Doctorado. En desarrollo de esta prescripción el Real decreto 1393/2007, de 29 de octubre, estableció la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales.

<sup>361</sup> El Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, establece en su Disposición adicional cuarta.1 que “Los títulos universitarios oficiales obtenidos conforme a los planes de estudios anteriores a la entrada en vigor del presente real decreto mantendrán todos sus efectos académicos y, en su caso, profesionales”.

<sup>362</sup> Como señalan J.A. MARTÍNEZ CORRAL y R.S MANZANA LAGUARDA, *en Adquisición y pérdida de la condición de funcionario*, cit. en nº 185, pág. 105, la expresión utilizada en el art. 76 “hasta que no se generalice la implantación de los nuevos títulos universitarios”, no determina con precisión el momento de obsolescencia de los antiguos títulos universitarios oficiales.

### **1.1.2 El principio de especialidad y la discrecionalidad de la Administración en la determinación de las titulaciones de acceso a la función docente**

La doctrina del TC ha señalado reiteradamente que el legislador tiene un amplio margen de libertad en la determinación de los méritos y capacidades que han de tenerse en cuenta en las pruebas de selección de acceso a la función pública.<sup>363</sup> Ello es plenamente aplicable a las titulaciones exigibles para tomar parte en los procesos selectivos de acceso a la función pública docente. Así, el propio EBEP en su art. 76 establece, para los grupos A1 y A2, que “en aquellos supuestos en los que la Ley exija otro título universitario será éste el que se tenga en cuenta.”

El principio de especialidad que rige en el ámbito de la enseñanza hace que, como hemos visto anteriormente,<sup>364</sup> los distintos cuerpos de funcionarios docentes que se integran en los grupos A1 y A2, se subdividan a su vez en una pluralidad de especialidades en función de las distintas enseñanzas, primando lo específico sobre lo genérico. Ello ha llevado al legislador a exigir ciertos títulos específicos para el acceso a la función pública docente. Así, para el profesorado de educación infantil se requiere el título de maestro con la especialidad de educación infantil; en el caso de la educación primaria, el título de maestro en educación primaria, o bien los títulos de grado equivalentes a los anteriores;<sup>365</sup> y para el resto del profesorado<sup>366</sup>, la Ley determina que

---

<sup>363</sup> STC 38/2007, de 15 de febrero, F.J. 9: “Como se desprende de nuestra reiterada doctrina, el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y empleos públicos no priva al legislador de un amplio margen de libertad en la regulación de las pruebas de selección y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración”

<sup>364</sup> Ver capítulo 1.2.2

<sup>365</sup> Arts. 92 y 93 LOE.

será necesario tener el título de Licenciado, Ingeniero o Arquitecto, o el título de grado equivalente<sup>367</sup>, además de una formación pedagógica y didáctica de nivel de postgrado.<sup>368</sup> Sin embargo la Ley introduce una amplia facultad discrecional de la Administración cuando añade la fórmula “sin perjuicio de otras titulaciones universitarias que, a efectos de docencia pudiera establecer el gobierno para determinadas áreas, materias o módulos, previa consulta con las Comunidades Autónomas.”<sup>369</sup> En desarrollo de esta excepcionalidad el RD. 276/2007 que actualmente regula el ingreso a los cuerpos docentes establece, en su anexo V, un amplio cuadro de titulaciones que permiten participar en los procesos selectivos de determinadas especialidades formativas.<sup>370</sup> Por ejemplo para la especialidad de tecnología se puede acceder con el título de diplomado en máquinas navales, o para la especialidad de informática con el título de diplomado en estadística. Ello ha dado lugar a numerosos conflictos jurisdiccionales de colectivos de titulados que se consideraron discriminados al quedar al margen de determinadas especialidades docentes. Es lo que ocurrió con los ingenieros técnicos forestales, que impugnaron su exclusión de la especialidad de tecnología de la madera, considerándose discriminados frente a los

---

<sup>366</sup> Profesorado de educación secundaria obligatoria y de bachillerato, formación profesional, enseñanzas artísticas, idiomas, enseñanzas deportivas y educación de personas adultas.

<sup>367</sup> Regulado en los arts. 94 a 99 de la LOE.

<sup>368</sup> Art. 100 LOE:

2. “Para ejercer la docencia en las diferentes enseñanzas reguladas en la presente Ley, será necesario estar en posesión de las titulaciones académicas correspondientes y tener la formación pedagógica y didáctica que el Gobierno establezca para cada enseñanza.”
3. “Corresponde a las Administraciones educativas establecer los convenios oportunos con las universidades para la organización de la formación pedagógica y didáctica a la que se refiere el apartado anterior.”

<sup>369</sup> Así lo establece la LOE en los arts. 93 a 98 en relación a los profesores de primaria, secundaria obligatoria y bachillerato, formación profesional, enseñanzas artísticas, idiomas y enseñanzas deportivas.

<sup>370</sup> Así ha sido históricamente en el acceso a la función docente. Por ejemplo los RD 574/1991 y 334/2004 que en su día regularon el acceso a la función docente fijaron en sus anexos las titulaciones que se declaraban equivalentes para cada especialidad.

ingenieros técnicos agrícolas que si podían acceder a impartir dicha disciplina.<sup>371</sup>

Como ya tuvimos ocasión de señalar al analizar los principios de mérito y capacidad<sup>372</sup>, los requisitos exigidos a los aspirantes han de guardar una relación directa con las funciones o tareas del puesto al que se opta.<sup>373</sup> Ello implica que las titulaciones requeridas han de tener una necesaria conexión con los temarios de la especialidad docente a la que ésta da acceso y, como determina el EBEP, “garantizar la capacitación adecuada para afrontar los retos del sistema educativo”.<sup>374</sup> Ahora bien, como señala la STSJ de Navarra 63/1996, al examinar un conflicto de esta naturaleza, esta facultad discrecional “no puede ser cuadriculada y matemática, y mientras no se pruebe que la discrecionalidad se ha desorbitado o que ha existido arbitrariedad”<sup>375</sup> no hay motivo para declarar la ilegalidad de la normativa que regula las titulaciones de acceso. Un ejemplo de arbitrariedad y vulneración del principio de igualdad en el acceso a la función docente nos lo proporciona la STSJ de Cataluña 842/1998<sup>376</sup> en relación a un concurso-oposición para la provisión de plazas en hogares infantiles. En dicha convocatoria se excluyeron los títulos de especialista en educación infantil y el de profesor de EGB especialista en preescolar. La normativa reguladora en aquel momento de los requisitos de los centros para impartir estas enseñanzas incluía expresamente estas

---

<sup>371</sup> STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 776/1998, de 23 de diciembre, que desestimó la reclamación de un candidato contra su exclusión por carecer de la titulación requerida.

<sup>372</sup> Capítulo II, apdo. 3.1 de la primera parte.

<sup>373</sup> STC 27/del capítulo1991<sup>373</sup>, de 14 de febrero, F.J. 4º

<sup>374</sup> Art 100.1 EBEP: “la formación inicial del profesorado se ajustará a las necesidades de titulación y de cualificación del sistema educativo. Su contenido garantizará la capacitación adecuada para afrontar los retos del sistema educativo y adaptar las enseñanzas a las nuevas necesidades formativas.”

<sup>375</sup> STSJ de Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 63/1996, de 17 de diciembre, F.D cuarto.

<sup>376</sup> STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 842/1998, de 22 de octubre.

titulaciones,<sup>377</sup> por lo que la exclusión de las mismas en la convocatoria fue considerada injustificada por el Tribunal que estimó el recurso y anuló la convocatoria.<sup>378</sup>

En conclusión, nos hallamos ante un requisito de capacidad para el acceso a la función docente sobre el que la Administración posee un alto grado de discrecionalidad para su concreción. Pero, a su vez, también resulta evidente que nos encontramos ante un terreno abonado para que *lobbies* y grupos de presión traten de influir para que se incluyan determinadas titulaciones en perjuicio de otras, con el riesgo que ello puede suponer desde el punto de vista del derecho a la igualdad en el acceso.<sup>379</sup>

### **1.1.3 Excepcionalidades en materia de titulación para el acceso a la función docente**

Si bien los sistemas excepcionales de acceso a la función docente serán objeto de un detallado estudio en el capítulo III de este trabajo, es necesario detenernos brevemente a analizar determinadas excepciones que afectan a las titulaciones exigidas para el acceso. La necesidad de consolidar la situación laboral de determinado personal temporal que, careciendo de la titulación requerida en la normativa

---

<sup>377</sup> Art. 15.2 del RD 1004/1991, de 14 de junio, por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que impartan enseñanzas de régimen general no universitarias: “El personal cualificado a que se refiere el apartado anterior estará formado por Maestros especialistas en Educación Infantil o Profesores de Educación General Básica especialistas en Preescolar, y por Técnicos superiores en Educación Infantil o Técnicos especialistas en Jardín de Infancia.”

<sup>378</sup> STSJ Cataluña 842/1998, de 22 de octubre, F.D primero: “Aplicando lo anteriormente dicho al presente caso, es evidente que la convocatoria objeto de impugnación está infringiendo las propias normas que se citan, pues sin justificación alguna se está excluyendo el resto de titulaciones permitidas legalmente, es decir, no existe motivación o razonamiento que pueda justificar dicha exclusión de maestro especialista en Educación Infantil, Profesor de EGB especialista en preescolar y Técnico Superior en Educación Infantil.”

<sup>379</sup> La existencia de grupos de presión que tratan de influir en los procesos de acceso a la función pública ha sido puesto de manifiesto por autores como M. SÁNCHEZ MORÓN en “Igualdad, mérito y capacidad en el empleo público”, cit. en nº 2, pág. 143; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *en Bajo el signo de la Constitución*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1983, pág. 459.

general, venía desempeñando tareas docentes, aconsejó al legislador establecer sistemas transitorios que permitieran a estos docentes participar en las pruebas selectivas que daban acceso a la tarea que venían desempeñando.

El más claro ejemplo de esta excepcionalidad lo introdujo la Disposición transitoria quinta de la LOGSE al permitir, durante tres convocatorias, que maestros y profesores, interinos y laborales, que estaban prestando servicios docentes pero, carecían de la titulación exigida por la nueva Ley, pudieran presentarse a los procesos selectivos.<sup>380</sup> Nos referimos a interinos del cuerpo de profesores de EGB, logopedas en régimen de contratación laboral, y otros colectivos que, contratados bajo la normativa de la LGE de 1970, no cumplían con las exigencias de titulación de la nueva Ley.

El Tribunal Constitucional confirmó la legitimidad de dicho régimen excepcional y transitorio al considerar una finalidad constitucionalmente legítima la estabilización del personal al servicio de las Administraciones educativas y, en concreto, la absorción del profesorado no numerario nacido de la anterior Ley General de Educación, y que se encontraba en una situación precaria.<sup>381</sup> Según el Alto Tribunal, “el trato de favor concedido a los aspirantes que hubiesen desempeñado tareas docentes como funcionarios interinos posee un

---

<sup>380</sup> Disposición transitoria quinta LOGSE

3. “Podrán presentarse a las tres primeras convocatorias de ingreso en el cuerpo de Maestros quienes, careciendo de la titulación específica exigida por la presente Ley, desempeñen a la entrada en vigor de la misma tareas docentes como funcionarios de empleo interino del cuerpo de Profesores de EGB o realicen funciones de logopeda, como personal contratado en régimen laboral, en centros de EGB, de conformidad con los requisitos exigidos por la normativa anterior.

Igualmente, durante el mismo plazo, podrán presentarse a las convocatorias para el ingreso en el resto de los cuerpos creados por esta Ley, quienes careciendo de la titulación que con carácter general se establece para el ingreso en los mismos, e independientemente de las equivalencias que el Gobierno determine, hayan prestado servicios como funcionarios interinos durante un tiempo mínimo de tres cursos académicos, y continúen prestándolos a la entrada en vigor de esta Ley en los correspondientes cuerpos integrados en aquéllos en los que aspiren a ingresar.”

<sup>381</sup> STC 11/1996, de 29 de enero, F.J. 5º: “...otros sistema excepcional para absorber el profesorado no numerario nacido desde la anterior Ley General de educación.”

carácter excepcional y deriva de una finalidad constitucionalmente legítima, como es la de normalizar la situación del personal al servicio de las Administraciones educativas y mejorar su cualificación.”<sup>382</sup>

Con un carácter más limitado también estableció excepciones en materia de titulación el actual RD 276/2007 que regula el acceso a la función docente. En concreto, la Disposición adicional única autorizó durante un periodo transitorio que pudieran ingresar en el Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional quienes, careciendo de la titulación exigida con carácter general, acreditaran una experiencia docente de al menos dos años en centros educativos públicos dependientes de la Administración educativa convocante, y estuvieran en posesión de determinadas titulaciones.<sup>383</sup>

Asimismo, el RD 276/2007 eximió de la exigencia de la formación pedagógica y didáctica a quienes acreditarán una experiencia docente previa durante de dos cursos académicos completos o, en su defecto, doce meses ejercidos en periodos discontinuos, en centros públicos o privados de enseñanza reglada.<sup>384</sup>

---

<sup>382</sup> STC 185/1994, de 20 de junio, F.J. 4º.”

<sup>383</sup> Disposición adicional única del RD 276/2007:

6. “Para el ingreso en el Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional y únicamente en aquellos casos en que las Administraciones educativas no hayan llevado a término las cuatro primeras convocatorias de cada especialidad a que se refería la disposición transitoria segunda del Real Decreto 777/1998, de 30 de abril, en su nueva redacción dada por el Real Decreto 334/2004, de 27 de febrero, podrán ser admitidos aquellos aspirantes que, aun careciendo de la titulación exigida con carácter general, acrediten experiencia docente de, al menos, dos años en centros educativos públicos dependientes de la Administración educativa convocante y estén en posesión de las titulaciones de Técnico Especialista o Técnico Superior en una especialidad de formación profesional que pertenezca a la familia profesional correspondiente y además para las especialidades de la familia profesional de Actividades Marítimo Pesqueras las de Patrón de Altura o Patrón Mayor de Cabotaje, entendiéndose que el plazo de efectividad de las cuatro convocatorias se circunscribe a la fecha de entrada en vigor del anteriormente citado Real Decreto 777/1998, de 30 de abril.”

<sup>384</sup> Disposición transitoria única del R.D 276/2007:

2. “La acreditación de una experiencia docente previa durante dos cursos académicos completos o, en su defecto, durante 12 meses ejercidos en periodos discontinuos, en centros públicos o privados de enseñanza reglada debidamente autorizados, será igualmente reconocida como equivalente a la formación establecida en el artículo



Se trata, por lo tanto, de resolver mediante disposiciones legales de carácter transitorio, situaciones particulares de determinados colectivos que, si bien venían ejerciendo tareas docentes como interinos o laborales temporales, carecían de la titulación necesaria para presentarse a los procesos selectivos.

Ahora bien, la tentación de resolver situaciones particulares, incluso sin el obligado respaldo de una Ley, ha llevado en diversas ocasiones a las Administraciones públicas a eximir de la titulación requerida en el acceso a la función docente, con indudable vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Un ejemplo de ello lo proporcionó la Ley del País vasco 16/1997, de 7 de noviembre que permitía a determinado personal laboral docente acceder a la condición de funcionario de carrera “aun careciendo de la específica titulación para el acceso a dicho cuerpo”.<sup>385</sup> La STC 31/2006 declaró inconstitucional el citado precepto destacando que no respetaba la normativa estatal básica, establecida en la disposición transitoria sexta de la LOGSE<sup>386</sup>, que permitía el acceso de este tipo de personal

---

100.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, hasta tanto no se regule para cada enseñanza.”

<sup>385</sup> El art. 10 de la Ley del País vasco 16/1997, de 7 de noviembre, que introdujo un nuevo apartado 3 en la Disposición Adicional segunda de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca, que establecía que: “El personal docente que tenga la condición de laboral fijo, y esté adscrito a plazas incluidas en las vigentes relaciones de puestos de trabajo docentes del Departamento de Educación, Universidades e Investigación podrá acceder a la condición de funcionario de carrera docente en el Cuerpo correspondiente al nivel de la plaza a la que esté adscrito, aun careciendo de la específica titulación para el acceso a dicho Cuerpo, mediante pruebas selectivas restringidas que, con carácter excepcional, podrán ser convocadas por la Administración Educativa.”

<sup>386</sup> Disposición transitoria sexta LOGSE, F.J 5º.

1. “El personal docente al servicio de los centros que, de acuerdo con los procesos previstos en la Ley 14/1983, de 14 de julio del Parlamento de Cataluña....podrá ingresar en la Función Pública docente mediante pruebas selectivas específicas convocadas por las Administraciones educativas competentes, previa regulación de sus respectivos Parlamentos.”

3. “Los procedimientos de ingresos referidos en esta disposición sólo serán de aplicación durante un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor de la presente Ley.”

solamente durante un periodo de cinco años, plazo superado por la normativa autonómica.<sup>387</sup> No obstante, el Tribunal también destacó el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad de la normativa autonómica, en la medida que rompía “el régimen general aplicable a todo el territorio nacional, que, indudablemente, está en el fundamento de lo básico.”

Otro ejemplo palmario lo ofrece la Disposición adicional segunda de la Ley del Parlamento de Canarias 8/1999, de creación de las escalas de profesores numerarios y maestros de taller de formación profesional marítimo-pesquera, que permitía a los funcionarios interinos que venían prestando servicios en los Institutos de Formación Profesional Marítimo Pesqueros acceder a la función pública de carrera sin la titulación requerida en la Ley.<sup>388</sup> Al igual que en la STC 31/2006, la STC 113/2010 declaró la inconstitucionalidad de dicha norma pues “la posibilidad de integración en la función pública de personas que carecían de la titulación exigida para el acceso está en franca contradicción con dos normas básicas estatales” (F.J. 8º). Asimismo la Sentencia declaró igualmente que “la pretendida dispensa de titulación implica un desconocimiento de los principios de mérito y capacidad previstos para el acceso a la función pública en la normativa impugnada (...) en la medida en que rompe el régimen general aplicable en todo el territorio nacional que, indudablemente, está en el

---

<sup>387</sup> Es evidente que la normativa autonómica “no respeta la normativa básica, ya que la misma ha sido dictada una vez que dicho plazo temporal de cinco años...había caducado.” (F.J. 4º)

<sup>388</sup> Disposición transitoria segunda Ley de Canarias 8/1999, de 27 de abril:

3. “El personal docente interino que viene prestando servicios en los Institutos de Formación Profesional Marítimo-Pesquera de Canarias con posterioridad al día 22 de agosto de 1984 y anterior a la entrada en vigor de la Ley 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, sin reunir los requisitos de titulación y las condiciones establecidas en esta Ley, podrán acceder asimismo a la condición de funcionarios de carrera mediante la participación en las pruebas a que se refiere el núm. 3 de la disposición anterior e integrándose, en caso de superarlas, en los grupos de clasificación a que se refiere la Disposición Adicional Segunda de la presente Ley, con la consideración de "a extinguir"

fundamento de lo básico.<sup>389</sup>

Se trata, pues, de excepcionalidades que se realizaron al margen de la normativa estatal básica, vulnerándose de esta manera los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública docente, al eximir a unos candidatos de una titulación que las Leyes básicas educativas exigían al resto de los ciudadanos.

## **1.2 El conocimiento de la lengua autonómica**

Según la Ley, las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, deben prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales.<sup>390</sup> No obstante, estamos ante un tema enormemente controvertido y objeto de

---

<sup>389</sup> STC 113/2010 de 24 de noviembre, F.J. 9: “La aplicación de lo expuesto al caso que estamos enjuiciando ha de conducir a la declaración de inconstitucionalidad de los apartados impugnados de la disposición transitoria segunda de la Ley 8/1999, dado que no estamos ahora ante una mera medida de promoción del personal funcionario, sino de la conversión de personal interino que pretende integrarse por esta vía en la función pública sin contar con la titulación exigida por la normativa estatal básica, la autonómica en materia de función pública y por la propia Ley 8/1999 (artículos 1.3 y 2.3). La pretendida dispensa de titulación implica un desconocimiento de los principios de mérito y capacidad previstos para el acceso a la función pública en la normativa impugnada, que «menoscaba la capacidad como requisito absoluto para el desempeño de cada puesto de trabajo concreto y niega el mérito como elemento relativo de comparación y preferencia para el acceso o nombramiento» (STC 388/1993, de 23 de diciembre, F. 2) en la medida en que rompe el régimen general aplicable en todo el territorio nacional que, indudablemente, está en el fundamento de lo básico.

Por ello debemos considerar que la necesaria flexibilidad a la que hemos aludido, y que es preciso reconocer a la Comunidad Autónoma en orden a la adaptación de su organización para asumir las funciones y servicios asumidas en su momento mediante el correspondiente proceso de traspasos, no puede llegar hasta el punto de obviar la exigencia de un requisito previsto con carácter general por la normativa básica estatal. Es claro que no resulta posible acceder a la condición de funcionario de carrera si se carece de uno de los requisitos exigidos para ello por la normativa que, en el momento en que se produce dicho acceso, resulte de aplicación, como sucede en el presente caso con el requisito de la titulación, el cual viene impuesto tanto por la normativa básica estatal como por la propia normativa canaria en materia de función pública (artículos 23 y 24 de la Ley 2/1987).

<sup>390</sup> Art. 56.2 EBEP.

abundante literatura<sup>391</sup> que afecta, sin duda, al derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, especialmente en el ámbito docente<sup>392</sup>.

### **1.2.1 La exigencia de conocimiento de la lengua autonómica en el acceso a la función docente en las distintas Comunidades autónomas**

Las Comunidades autónomas regulan de manera muy distinta la exigencia del conocimiento de la lengua propia como requisito de acceso a la función pública docente. La realidad sociolingüística del territorio, las distintas especialidades docentes y, cómo no, las distintas opciones políticas en los respectivos gobiernos determinan diferentes regulaciones en la materia.

El País Vasco optó, mediante la Ley 2/1993, de Cuerpos Docentes de la Enseñanza no Universitaria,<sup>393</sup> por un sistema en el que se establecen perfiles lingüísticos distintos que se determinan en la relación de puestos de trabajo docentes. En desarrollo de esta Ley, el Decreto 47/1993, por el que se establecen criterios para la determinación de los perfiles lingüísticos en los puestos de trabajo

---

<sup>391</sup> Entre otros, J.M. BAÑO LEÓN, “El ejercicio del pluralismo lingüístico en la Administración Pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 54, 1987; E. COBREROS MENDAZONA, “La jurisprudencia del TS relativa al conocimiento del Euskera en el acceso a la función pública”, *Revista Vasca de Administración Pública* n° 22, 1988; I. AGIRREAZKUENAGA, “Reflexiones jurídicas sobre la oficialidad y conocimiento de las lenguas” en VV.AA. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a Enterría*, vol II, 1991; A. LÓPEZ BASAGUREN “Lenguas, poderes públicos y función pública”, *Teoría y Realidad Constitucional* n° 3, 1999; S. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Spain is different (el mito de las lenguas), *Revista de Administración Pública*, n° 156, 2001; J.L. ERKOREKA GERVASIO, en “Exigencia de preceptividad en los perfiles lingüísticos...cit. en n° 232.

<sup>392</sup> La tensión existente entre el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública y el derecho al bilingüismo ha sido muy analizado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, especialmente en los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes de normalización lingüística en el País Vasco, Cataluña, Galicia e Islas Baleares. A este respecto véanse las SSTC 82, 83, 84/1986, de 26 de junio, posteriormente la STC 123/1998, de 23 de junio y la STC 174/1989.

<sup>393</sup> Art. 5 de la Ley 2/1993, de 19 de febrero, de Cuerpos Docentes de la Enseñanza no Universitaria del País Vasco.

docentes, estableció dos perfiles diferenciados:<sup>394</sup> el perfil lingüístico 1, que se aplica a los puestos de trabajo que son ocupados por docentes que no imparten enseñanzas de euskera ni en euskera, garantizando la competencia lingüística que se necesita para utilizar el euskera como lengua de relación; y el perfil lingüístico 2, que se aplica a los puestos de trabajo que son ocupados por docentes que imparten enseñanzas de euskera o en euskera, garantizando la competencia lingüística que se necesita para utilizar el euskera, tanto como lengua de relación como de enseñanza. En suma, existen dos niveles de exigencia del conocimiento de la lengua autonómica en función del puesto docente concreto que se vaya a ocupar. A partir de ahí, dicho conocimiento es exigido como requisito previo para tomar parte en el proceso selectivo, bien mediante la superación de una prueba de carácter eliminatorio, bien mediante determinadas titulaciones acreditativas de su conocimiento.<sup>395</sup>

Un sistema similar es el aplicado en la Comunidad Foral Navarra, si bien con dos importantes diferencias. Se distingue, por un lado, entre aquellas plazas a impartir en vascuence o en plazas de la especialidad de Lengua y Literatura Vasca y, por otro, aquellas plazas en las que se imparte docencia en castellano. Sólo en las primeras se exige el conocimiento del euskera como requisito de participación en el proceso selectivo. Además, dicho requisito se acredita, no con una prueba selectiva, sino únicamente con la presentación de determinadas titulaciones.

---

<sup>394</sup> Art. 3 del Decreto 47/1993, de 9 de marzo, por el que se establecen criterios para la determinación de los perfiles lingüísticos y las fechas de preceptividad en los puestos de trabajo docentes.

<sup>395</sup> Base 6.2.4 (párrafo 3º) de la Orden de 11 de febrero de 2015, de la Consejería de Educación, Política Lingüística y Cultura, por la que se convoca procedimiento selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Maestras y Maestros de la Comunidad Autónoma del País Vasco:

“Esta prueba tiene carácter eliminatorio, por lo que las personas que no posean el perfil lingüístico exigido, no estén exentas o, no siéndoles de aplicación el régimen transitorio previsto en la base 2.1 f), no se presente a la prueba o no sean calificadas como aptas, quedarán excluidas del proceso selectivo”

Por su parte, las Comunidades autónomas de Galicia, Cataluña, Valencia y Baleares exigen igualmente el conocimiento de la lengua autonómica como requisito para participar en las pruebas selectivas, independientemente del tipo de plaza o de la especialidad a la que se opta. En el caso de Cataluña, Valencia y Galicia, dicho conocimiento puede acreditarse mediante la realización de una prueba de carácter eliminatorio o mediante la presentación de determinadas titulaciones. En el caso de la Comunidad autónoma balear sólo se contempla su acreditación mediante títulos.<sup>396</sup>

En conclusión, salvo la Comunidad Foral Navarra, el resto de las Comunidades autónomas con lengua propia exigen como requisito específico de acceso a la función docente el conocimiento de su lengua propia, si bien con las naturales diferencias en cuanto al procedimiento de acreditación que hemos señalado.

### ***1.2.2 La exigencia del conocimiento de la lengua autonómica a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional***

Hay que comenzar aclarando que la posición jurisprudencial en esta materia no ha sido ni muchos menos pacífica<sup>397</sup>. Así, el Tribunal Supremo mantuvo inicialmente tesis contrarias a la inclusión en los procedimientos de selección de la exigencia del conocimiento de las lenguas vernáculas en el acceso a la función pública, por considerar que la misma producía desigualdad respecto de los aspirantes que no

---

<sup>396</sup> Como ejemplos ver la base séptima de la Orden de 23 de marzo de 2013, por la que se convocan procedimientos selectivos de ingreso y acceso al cuerpo de inspectores de educación y de maestros y procedimiento de adquisición de nuevas especialidades por el personal funcionario de carrera, del Cuerpo de maestros de la Comunidad Autónoma de Galicia y la Base 2.1.1 de la Resolución del Consejero de Educación y Cultura de 10 de marzo de 2010, por la que se convocan procedimientos selectivos para ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes de Maestros, de Profesores de Enseñanza Secundaria, de Profesores Técnicos de Formación Profesional, de Profesores de Escuela Oficial de Idiomas y de Profesores de Artes Plásticas y Diseño en las Illes Balears.

<sup>397</sup> Un buen resumen sobre la evolución jurisprudencial en esta materia lo proporciona A. LÓPEZ BASAGUREN en “Lenguas, poderes públicos y función pública, op. cit, págs. 96 y ss.

las conocían<sup>398</sup>. El Tribunal Constitucional, por su parte, presentó, desde sus inicios, planteamientos mucho más sensibles con la constitucionalidad de la exigencia del bilingüismo.

El Tribunal Constitucional, en la temprana STC 76/1983, de 5 de agosto, mantuvo una posición que hizo albergar serias dudas sobre la capacidad de la Administración Autonómica de exigir el conocimiento de la lengua propia como exigencia para acceder la función pública de esa comunidad. En esta sentencia el Tribunal sostuvo que “una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales y estatutarios lleva a atribuir el deber de conocimiento de dicha lengua a la Administración Autonómica en su conjunto, no individualmente a cada uno de sus funcionarios, como modo de garantizar el derecho a usarla por parte de los ciudadanos de la respectiva Comunidad.”<sup>399</sup> Ahora bien, como señala la doctrina<sup>400</sup>, “si una Administración debe satisfacer las exigencias lingüísticas de sus ciudadanos, forzosamente tiene que tener personal a su servicio capacitado lingüísticamente.” La única manera de garantizar, pues, ese derecho subjetivo sería la de seleccionar personal al servicio de las Administraciones bilingües con un conocimiento de las lenguas vernáculas ajustado al nivel de relación que los puestos de trabajo concretos demanden.

A pesar de este precedente, la STC 82/1986, de 26 de junio, que enjuició la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 10/1982 del parlamento vasco sobre normalización del uso del euskera, sentó las bases de la jurisprudencia futura del Tribunal Constitucional en esta materia. En esta sentencia el Tribunal establece con claridad la constitucionalidad de incorporar el conocimiento de la lengua vernácula

---

<sup>398</sup> Esta jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido analizada y criticada por E. COBREROS MENDAZONA, en “La jurisprudencia del TS relativa al conocimiento del Euskera en el acceso a la función pública”, op. cit., págs. 171 y ss.

<sup>399</sup> STC 76/1983, de 5 de agosto, F.J. 42.

<sup>400</sup> E. COBREROS MENDAZONA, *El régimen jurídico de la oficialidad del euskera*, Oñate: Instituto Vasco de Administración Pública, 1989, pág. 78. En la misma línea J.L. ERKOREKA GERVASIO, en “Exigencia de preceptividad en los perfiles lingüísticos...cit. en nº 232.

oficial en los procesos de selección del personal, en la medida en que es obligación de los poderes públicos garantizar la plena efectividad de los derechos lingüísticos que derivan de la declaración de oficialidad, sin que, frente a ella, el derecho contenido en el art. 23.2 CE pueda configurarse como un límite infranqueable<sup>401</sup>. El Tribunal Constitucional, por tanto, admite no sólo la valoración como mérito del conocimiento de la lengua propia autonómica, sino que valida la exigencia de su conocimiento como requisito de acceso. Bien es cierto que establece diferencias entre una y otra forma de incorporación del conocimiento de la lengua autonómica al proceso de selección. En el caso de que se exija como requisito de acceso, el Tribunal Constitucional admite este requisito, pero sólo vinculado a “determinadas plazas”. En el caso de la valoración como mérito parece que puede establecerse un carácter general sin ningún tipo de restricción. Y es que la legitimidad de tal exigencia tiene ciertos límites, sin que pueda imponerse frente a las demás exigencias constitucionales de manera total y absoluta, sin tener en cuenta las circunstancias de cada función pública concreta. En palabras del propio Tribunal tal exigencia ha de hacerse “dentro del necesario respeto a lo dispuesto en los artículos 14 y 23 CE y sin que en la aplicación (...) se produzca discriminación”, así como “con un criterio de razonabilidad y proporcionalidad desde la perspectiva de lo dispuesto en los arts. 23.2, 139.1 y 149.1.1 de la Constitución.” (F.J. 14º) En suma, ya no se plantea un problema de incompatibilidad *per se*, entre la exigencia del conocimiento de la lengua autonómica propia en los procesos de selección y el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública.

---

<sup>401</sup> STC 82/1986, de 26 de junio, F.J. 14º: “...nada se opone a que los poderes públicos prescriban en el ámbito de sus respectivas competencias el conocimiento de ambas lenguas (refiriéndose al castellano y el euskera) para acceder a determinadas plazas de funcionario o que, en general, se considere como mérito entre otros el nivel de conocimiento de los mismos, bien entendido, que todo ello ha de hacerse dentro del necesario respeto a lo dispuesto en los art. 14 y 23 CE y sin que la aplicación del precepto produzca discriminación. En definitiva el empleo del euskera implica la previsión de los medios necesarios y, entre ello, la presencia de personal vascoparlante, tanto de la Administración de la Comunidad Autónoma del País vasco como en la periférica del Estado.”



Como señala LÓPEZ BASAGUREN<sup>402</sup>, se trata más bien de un problema de “modulación de la incidencia del conocimiento de la lengua vernácula oficial en el proceso de selección de que se trate, atendiendo a las circunstancias concretas que concurren en cada caso”.<sup>403</sup>

La doctrina del Tribunal Constitucional<sup>404</sup> aportó, en esta materia, un paso definitivo con la STC 46/1991, de 28 de febrero, que enjuiciaba la constitucionalidad del art. 34 de la Ley del Parlamento de Cataluña reguladora de la función pública de la Generalidad, que exige la acreditación del conocimiento de la lengua catalana en su expresión oral y escrita en los procesos de selección que dicha Comunidad Autónoma lleve a cabo. Según la sentencia, en una situación de cooficialidad, la valoración o la exigencia del conocimiento de la lengua se reconduce de forma natural a los principios constitucionales de mérito y capacidad del art. 103.3 CE, “como cualquier otro conocimiento o capacidad exigida para el acceso a la función pública <sup>405</sup>.” Por ello, el conocimiento de la lengua autonómica propia, bien sea como mérito, bien como requisito de acceso, debe cumplir con las condiciones, ya vistas con anterioridad, que el Tribunal Constitucional exige a cualquier mérito o capacidad en el acceso a una función pública determinada. En ese sentido habrán de analizarse las tareas propias del puesto al que se accede en relación a la necesidad del dominio de la lengua vernácula, pues como dice la STC 46/1981, “sería contrario al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública, exigir un nivel

---

<sup>402</sup> A. LÓPEZ BASAGUREN, “Lenguas, poderes públicos...”, cit. en n° 391, pág. 98.

<sup>403</sup> Sobre esta cuestión véase el trabajo de J.M. BAÑO LEÓN, “El ejercicio del pluralismo lingüístico en la Administración Pública”, cit. en n° 378, pág. 234 y ss.

<sup>404</sup> La evolución jurisprudencial en esta materia fue objeto de análisis por S. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, en “Spain is different” cit. en n° 391.

<sup>405</sup> “No debe entenderse la exigencia de conocimiento del catalán como un requisito *ad extra* independiente del mérito y la capacidad acreditadas, sino, al igual que cualquier otro conocimiento o capacidad exigida para el acceso a la función pública, una exigencia con cuya acreditación se da satisfacción a dichos principios constitucionales, en la medida de que se trata de una capacidad y un mérito que, según el art. 34 de la Ley catalana 17/1985, ha de acreditarse y valorarse en relación con la función a desempeñar.” (STC 46/1991, de 28 de febrero, F.J. 3º)

de conocimiento del catalán sin relación alguna con la capacidad requerida para desempeñar la función de que se trate.”

Así pues, es preciso comprobar que la medida consistente en exigir el conocimiento de la lengua autonómica como requisito de acceso, sea razonable y proporcionada.<sup>406</sup> En ese sentido, la razonabilidad de la medida es determinante para enjuiciar con la generalidad y extensión del uso de la lengua en esa Comunidad Autónoma.<sup>407</sup> Debe ser la realidad sociolingüística en la que se enmarca la Administración pública de esa Comunidad la que imponga la necesidad de exigir un nivel de conocimiento lingüístico que garantice una acción administrativa eficaz<sup>408</sup>. Por su parte, el requisito de la proporcionalidad exige que, para restringir la libertad de todos de acceder a la función pública, no basta con alegar que se persigue el fin razonable de que los funcionarios públicos dominen las lenguas oficiales de la comunidad, sino que es preciso que ese fin no pueda ser satisfecho sin una restricción menor del derecho fundamental. Se requiere, por tanto, utilizar el medio menos dañino para conseguir dicho resultado.<sup>409</sup>

En conclusión, como señala la reciente STC 165/2013, la doctrina del TC en esta materia no determina que exista un deber de

---

<sup>406</sup> La exigencia de la proporcionalidad ha sido defendida por J.M. BAÑO LEÓN en “El ejercicio del pluralismo lingüístico en la Administración Pública”, cit. en nº 391, pág. 236, al entender que la conciliación entre la garantía del bilingüismo y el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a la función pública ha de reconducirse a un “problema de proporcionalidad.”

<sup>407</sup> <sup>407</sup> “En tanto que en las concretas convocatorias de los concursos u oposiciones de acceso a los cuerpos y escalas o plazas de la función pública de la Generalidad no se utilice la exigencia del conocimiento del catalán de manera irrazonable y desproporcionada impidiendo el acceso a su función pública de determinados ciudadanos españoles, no se vulnerará la igualdad reconocida en el art. 23.2 CE.” (STC 46/1991 F.J. 4º)

<sup>408</sup> “...por lo que resulta constitucionalmente lícito exigir, en todo caso, un cierto nivel de conocimiento de la lengua catalana, que resulta imprescindible para que el funcionario pueda ejercer adecuadamente su trabajo en la Administración Autonómica, dado el carácter cooficial del idioma catalán en Cataluña y dada también la extensión del uso del catalán en todo el territorio de la Comunidad Autónoma.” (STC 46/1991, F.J. 3º)

<sup>409</sup> J.M. BAÑO LEÓN, op. cit, pág. 240.

conocimiento de la lengua propia exigible a los empleados públicos, sino que lo que realmente se afirma es que dicho conocimiento se puede integrar dentro de los principios de mérito y capacidad, con la “necesaria observancia del canon de razonabilidad y proporcionalidad cuando tal conocimiento se erige en requisito de acceso, provisión u ocupación de determinado puesto de trabajo.”<sup>410</sup>

### ***1.2.3 La adecuación al principio constitucional de capacidad en el acceso a la función docente: razonabilidad y proporcionalidad***

Una vez examinado el estado general de este tema a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, procede ahora analizarlo en el ámbito específico del acceso a la función docente.

En primer lugar habría que plantear la justificación de la exigencia del conocimiento de la lengua autonómica en el acceso a la función docente, es decir, si tal medida es razonable y proporcionada. Para ello es necesario determinar si existe una adecuación entre la exigencia del conocimiento del idioma autonómico y las tareas del puesto a desempeñar. Como sabemos, los distintos cuerpos de la función docente no universitaria se dividen en especialidades, de tal manera que cada una de las convocatorias de empleo público se refiere a unas especialidades docentes concretas. Las comunidades autónomas que exigen el conocimiento de la lengua para el acceso lo hacen para todas las especialidades, sin distinción alguna. Por su parte, la Comunidad Autónoma Vasca, que tiene el sistema de dos perfiles que hemos explicado anteriormente, al determinar los perfiles lingüísticos de cada plaza se decanta por el perfil lingüístico 2, es decir, el de mayor exigencia en su conocimiento. Así todas las plazas convocadas en 2015 para el Cuerpo de maestros presentaron perfil lingüístico 2. En las oposiciones al Cuerpo de profesores de enseñanza secundaria convocadas en 2012 sólo 21 de las 328 plazas tenían perfil 1

---

<sup>410</sup> STC 165/2013, de 25 de septiembre, F.J. 8.

destacando que, entre éstas, sólo 3 eran en lengua castellana sobre un total de 24 en esa especialidad.

Cabría preguntarse si es imprescindible el conocimiento del idioma autonómico en todas las especialidades por igual, o si podrían, o deberían, establecerse diferencias. ¿Es inexcusable el conocimiento de la lengua autonómica para ser profesor de piano en una escuela superior de música? ¿Es asimismo indispensable que el profesor de lengua y literatura castellana domine la lengua catalana, gallega o vasca, o al menos con idéntica exigencia que la que se requiere al profesor de la lengua vernácula? Estas cuestiones no han sido objeto de respuesta por la jurisprudencia, pero parece oportuno realizarlas a la vista de la necesaria coherencia entre las funciones a desarrollar y los méritos y capacidades a exigir.

En segundo lugar habría que plantearse la exigencia del Alto Tribunal de que la medida sea razonable a la luz de la realidad sociolingüística de cada Comunidad Autónoma. Es patente que la generalización y uso del idioma autonómico propio es muy distinto según cada territorio, lo que, sin duda, tiene repercusiones en el sistema educativo. ¿Es razonable exigir a todos los funcionarios docentes el conocimiento del idioma autonómico en una Comunidad donde es utilizado por un escaso porcentaje de población? En ese sentido es paradigmática la distinta solución adoptada en las comunidades Vasca y Navarra. En ambas comunidades los alumnos (o en su caso, los padres) escogen la lengua en que quieren recibir las enseñanzas. Por ello, en la Comunidad Navarra se ofertan, en cada especialidad, plazas de perfil en castellano y de perfil en vascuence, requiriéndose el conocimiento del idioma autonómico solamente a estos últimos. Sin embargo, en la Comunidad Autónoma Vasca se exige el conocimiento del euskera a todos los docentes, independientemente de que impartan sus enseñanzas en castellano o euskera, si bien a estos

últimos se les requiere un conocimiento mayor del idioma<sup>411</sup>. Cabría, por tanto, cuestionarse si es razonable exigir como requisito de acceso el conocimiento de un idioma que no es el que ha de ser utilizado por el profesor o el maestro en el desarrollo de sus clases.

En tercer lugar habría que estudiar la proporcionalidad de la medida que estamos analizando, y preguntarse si no es posible conseguir el objetivo de tener unos funcionarios docentes con el necesario dominio de los dos idiomas mediante procedimientos que no lesionen, o lesionen en menor medida, la igualdad en el acceso a la función pública. Como hemos visto, en todas las Comunidades autónomas en las que se exige el conocimiento de la lengua propia para el acceso a la función docente, ésta se configura realmente como un requisito de participación, bien mediante la exigencia de una titulación específica, bien mediante la realización de una prueba, con carácter eliminatorio y previa al proceso selectivo, que acredite el conocimiento de la lengua. Sería necesario, pues, plantearse si no existe otro procedimiento que garantice el conocimiento de la lengua autonómica sin cercenar *ab initio* las posibilidades de participación en el proceso selectivo de todos los ciudadanos. Una posible solución, que ya fue aplicada años atrás por la Comunidad Autónoma Gallega, es exigir el cumplimiento de este requisito en la fase de prácticas y no al inicio del proceso selectivo. Recordemos que el procedimiento de selección para el acceso a la función docente no concluye hasta que el aspirante no haya superado una fase de prácticas. Nada impide, pues, exigir en este momento y no como requisito previo de participación, el conocimiento del idioma autonómico. Sin duda con ello se garantizaría el fin perseguido con la medida sin merma del derecho a la igualdad en el acceso a la función pública del art. 23.2 CE, cumpliéndose así la exigencia de proporcionalidad.

---

<sup>411</sup> Ver el Decreto 47/1993, de 9 de marzo, por el que se establecen criterios para la determinación de los perfiles lingüísticos y las fechas de preceptividad en los puestos de trabajo docentes.

## 2. LOS MÉRITOS EN LA FASE DE CONCURSO

El sistema selectivo utilizado para el acceso a la función pública docente ha sido tradicionalmente el de concurso-oposición<sup>412</sup>, por lo que, junto a las pruebas de capacidad, los aspirantes pueden aportar determinados méritos que han de ser tenidos en cuenta para la resolución del proceso selectivo.

Los méritos en estos procesos selectivos han sido, con muy pocas variaciones, los mismos a lo largo de los años. En primer lugar la experiencia docente previa de los candidatos. En segundo lugar, su formación académica, en la que se valoran otras titulaciones distintas a la aportada para participar en el proceso selectivo, el título de Doctor o el expediente académico del título alegado.<sup>413</sup> Por último, se añade un tercer apartado, denominado *otros méritos*, que se concretan en las respectivas convocatorias por las Administraciones públicas convocantes,<sup>414</sup> y que se convierte en un cajón de sastre en el que incluir diferentes méritos como publicaciones, otros cursos formativos o dominio de lenguas extranjeras.

Como es fácilmente entendible, la valoración y ponderación de estos méritos ha sido objeto de numerosos conflictos dada su trascendencia en la resolución de los procesos selectivos.

El legislador, al igual que señalamos en relación al requisito de la titulación, goza de una amplia libertad a la hora de determinar los

---

<sup>412</sup> Ya el art. 107.2 de la Ley General de educación de 1970 contemplaba la valoración de méritos en el proceso selectivo. En la actualidad la Disposición adicional duodécima de la LOE determina que el sistema de ingreso en la función pública docente es el de concurso-oposición.

<sup>413</sup> Ver el RD 276/2007, por el que se aprueba el reglamento de ingreso en los Cuerpos docentes, que en su anexo I establece los baremos de méritos a los que han de ajustarse las convocatorias.

<sup>414</sup> El citado RD 276/2007 establece en su apartado III dedicado a otros méritos, que éstos “Serán determinados en las respectivas convocatorias. Entre ellos se incluirán, en el caso de los cuerpos que imparten enseñanzas artísticas, los méritos relacionados con la especialidad a la que se aspire.”

méritos a valorar y su ponderación. Ahora bien, en esta tarea ha de respetar igualmente los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, lo que exige que dichos méritos se delimiten en términos generales y abstractos y tengan relación directa con las funciones del puesto al que se opta. No es admisible, en consecuencia, valorar aspectos personales del candidato, como encontrarse en situación de desempleo, y así lo determinó el TS al enjuiciar una convocatoria para cubrir plazas de profesores interinos.<sup>415</sup>

Pero al margen de situaciones excepcionales, la jurisprudencia ha amparado la libertad del legislador para determinar y ponderar los méritos de la fase de concurso. Es ilustrativa la STS de 12 de diciembre de 1997, al enjuiciar el sistema transitorio de la LOGSE desarrollado por el RD 574/1991. En dicho proceso se valoraba con mayor puntuación un curso formativo de reducida duración que licenciaturas y doctorados, lo que no constituyó, a juicio de la Sentencia, ninguna arbitrariedad aunque, en palabras del propio Tribunal, pudiera causar alguna extrañeza.<sup>416</sup> Así, el TS afirmó que podía entenderse que se primasen méritos de carácter más específico sobre otros de mayor entidad y sobre todo que “no cabe que la jurisdicción utilice sus propios criterios de valoración, sustituyendo en esa tarea a la Administración, para decidir que méritos han de tener mayor entidad y que puntuaciones deben ser las adecuadas, cuestiones que entran dentro del margen de libertad de apreciación que corresponde a la

---

<sup>415</sup> STS (Sala de lo Contencioso) 17159/1988, de 8 de julio, F.D. 2º: “La situación de parado no acredita por sí sola la aptitud o suficiencia para el ejercicio de las funciones de profesor que es a lo que debe atender la selección.”

<sup>416</sup> STS (Sala de lo Contencioso) 7603/1997, de 12 de diciembre, F.D. 3º: “El que los cursos de formación puedan merecer una mayor puntuación que las licenciaturas y doctorados, que, ciertamente, puede causar alguna extrañeza, no es, ello no obstante, expresión de irracionalidad o arbitrariedad, que justificaría, en su caso, el rechazo de tales valoraciones...En ese marco es explicable que se primasen los méritos de carácter más específico, como ligados más directamente a las mismas áreas de las funciones que se venían ejerciendo, en detrimento de titulaciones que podían tener mayor entidad desde un punto de vista académico; pero no necesariamente en su relación con la tarea funcional específica.”

Administración, siempre que se respeten los márgenes de la Ley y del reglamento”<sup>417</sup>

Entre los méritos valorados para el acceso a la función pública docente, ha sido la valoración de la experiencia el apartado que más polémica ha suscitado. No plantea dudas el hecho de que la experiencia docente pueda ser considerada como un mérito a valorar, pues puede reflejar una aptitud o capacidad para desarrollar ese puesto, como así reconoce el propio Tribunal Constitucional.<sup>418</sup>

No obstante, este mérito ha sido fuente de numerosos conflictos, que, en la mayor parte de los casos, han sido resueltos a favor del criterio establecido por la Administración. Un ejemplo lo proporciona la mayor valoración otorgada a la experiencia docente en centros públicos frente a la acreditada en centros privados. Esta diferente valoración, que sigue plenamente operativa,<sup>419</sup> fue refrendada por el Tribunal Supremo basándose, por un lado, en la libertad del legislador para determinar los méritos a valorar y, por otro, en el distinto régimen jurídico al que están sujetos unos y otros docentes, especialmente en la selección del profesorado.<sup>420</sup>

El aspecto, sin duda, más discutido en esta materia ha sido ciertamente la sobrevaloración de la experiencia docente previa en relación a otros méritos y a la fase de oposición, como medio para favorecer el acceso de los funcionarios interinos. Esta situación, que ha venido repitiéndose a lo largo de los años, ha sido objeto de abundante

---

<sup>417</sup> STS (Sala de lo Contencioso) 7603/1998, de 12 de diciembre, F.D 3º.

<sup>418</sup> STC 67/1989, de 18 de abril, F.J. 3º: “La consideración de los servicios prestados no es ajeno al concepto de mérito y capacidad pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desempeñar una función o empleo público y, suponer además, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados.”

<sup>419</sup> RD 276/2007, anexo I, apartado I.

<sup>420</sup> STS (Sala de lo Contencioso) 9517/1993, de 15 de diciembre, F.J. sexto: “Por consiguiente, existen acusadas diferencias de régimen jurídico entre ambos tipos de experiencia docente, entre las que no es menor la de que en la pública ha mediado ya una previa selección por la Administración para el nombramiento de los profesores interinos y contratados.”



análisis doctrinal<sup>421</sup>, por lo que dedicaremos un capítulo posterior a este asunto.

### **3. LOS ÓRGANOS SELECTIVOS EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA DOCENTE**

#### **3.1 Garantías de la imparcialidad e independencia de los Tribunales**

La imparcialidad de los tribunales y las comisiones de selección constituye un pilar esencial para la plena efectividad del derecho consagrado en el art. 23.2 CE. Como señala la doctrina,<sup>422</sup> la imparcialidad hace referencia a la objetividad que debe regir la toma de decisiones de los órganos selectivos, lo cual está íntimamente vinculado a la especialización y profesionalización de los miembros del tribunal.<sup>423</sup> Por ello, el propio Tribunal Constitucional confirma la exigencia de que la valoración de los aspirantes sea realizada exclusivamente por órganos calificadores “integrados por personas dotadas de la debida cualificación científica en la materia propia de esa plaza”<sup>424</sup>. En esa línea argumental se sitúa el profesor SÁNCHEZ MORÓN <sup>425</sup> al vincular imparcialidad y profesionalidad, y al afirmar que sería contrario a estos

---

<sup>421</sup> J.M ALEGRE AVILA, “La función pública y los interinos contratados (La sentencia del TC 67/1989, de 18 de abril). cit. en nº 236; F. PUERTA SEGUIDO, *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid, Lex Nova, 2003;

<sup>422</sup> J.A. MARTÍNEZ CORRAL y R.S. MANZANA LAGUARDA, *Adquisición y pérdida de la condición de funcionario*, cit. en nº 185, pág. 74: “Existe una innegable interrelación entre los principios de especialidad e imparcialidad, inherentes al de objetividad, y el de igualdad proclamado por el art. 23.2 CE, en relación con los de mérito y capacidad del art. 103.3 CE, en el acceso a las funciones públicas.”

<sup>423</sup> El propio EBEP vincula los principios de imparcialidad y profesionalidad en su art. 55.2 c).

<sup>424</sup> STC 215/1991, de 14 de noviembre, F.J.4º; STC 13/2009, de 19 de enero.

<sup>425</sup> M SÁNCHEZ MORÓN, “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, cit. en nº 185.

principios la presencia en el órgano de selección de personas que no reuniesen las necesarias cualidades técnicas.

De acuerdo con lo anterior, las normas establecen que, en los procesos selectivos de acceso a la función docente, los miembros de los tribunales deben ser funcionarios de carrera en activo de los cuerpos de funcionarios docentes o del Cuerpo a extinguir de Inspectores al Servicio de la Administración educativa, y han de pertenecer todos sus integrantes a cuerpos de igual o superior grupo de clasificación que el que corresponda al cuerpo al que optan los aspirantes.<sup>426</sup> El art. 19.2 LMRFP, no derogado expresamente por el EBEP, establece que “en ningún caso, y salvo las peculiaridades del personal docente e investigador, los órganos de selección podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo que se ha de seleccionar.” En virtud de esta excepción los tribunales de los procesos selectivos para el acceso a la función docente no universitaria están formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al cuerpo al que corresponde el proceso selectivo.

Hay que tener presente que, como hemos señalado anteriormente, los cuerpos docentes están a su vez subdivididos en una multitud de especialidades en función de la materia a impartir y que, por tanto, los procesos selectivos se convocan para cada una de esas especialidades. En virtud de este principio de especialidad, la normativa que regula los procesos selectivos de profesores y maestros determina que la mayoría de los miembros del tribunal deben pertenecer a la especialidad objeto del proceso selectivo.<sup>427</sup> La práctica habitual en los procesos selectivos es que la totalidad de los miembros del tribunal pertenezcan a la misma especialidad convocada. En consecuencia, si se trata de un concurso-oposición para el ingreso al cuerpo de profesores de secundaria, en la especialidad de matemáticas, los miembros del tribunal serán

---

<sup>426</sup> Art. 7.1 RD 276/2007.

<sup>427</sup> Art. 7.2 RD 276/2007: “En su composición se velará por el cumplimiento del principio de especialidad. De acuerdo con el cual, la mayoría de sus miembros deberá ser titular de la especialidad objeto del proceso selectivo.”

funcionarios de carrera del cuerpo de enseñanza secundaria y de la especialidad de matemáticas. De esta manera se garantiza la imparcialidad y profesionalidad de los tribunales en las decisiones que adopten durante el proceso de selección. En el supuesto de especialidades muy concretas en las hubiera dificultades para la formación del órgano selectivo, el RD 276/2007 permite, con carácter excepcional, solicitar a otras Administraciones educativas funcionarios de esa especialidad para que formen parte de los tribunales.<sup>428</sup> Por último, los tribunales podrán proponer la incorporación a sus trabajos de asesores especialistas que, sin formar parte del órgano de selección, podrán asesorar a éste en la evaluación de los conocimientos y méritos de los aspirantes.<sup>429</sup> Todo ello, constituye, a nuestro juicio, garantía suficiente de la preparación técnica y la profesionalidad de los miembros del tribunal que garantice su objetividad e imparcialidad.

Por otro lado, la independencia de los órganos selectivos es, igualmente, un requisito exigido por el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, y así lo reconoce el propio EBEP al incluirlo como uno de los principios rectores del acceso al empleo público.<sup>430</sup> La independencia significa que los tribunales podrán actuar con total libertad, al margen de instrucciones, interferencias o presiones de personas, grupos o instituciones que pretendan influir en el resultado del proceso selectivo.<sup>431</sup> Esta

---

<sup>428</sup> Art 7.6 RD 276/2007: “Excepcionalmente y por causas justificadas se podrá solicitar de otras Administraciones educativas que propongan funcionarios de la especialidad o, en su caso, del cuerpo correspondiente para formar parte de estos tribunales.”

<sup>429</sup> Art. 8. 1 RD 276/2007: “Los tribunales o, en su caso, las comisiones de selección, podrán proponer, de acuerdo con lo que establezcan las respectivas convocatorias, la incorporación a su trabajo de asesores especialistas y ayudantes. Serán funciones de los primeros el asesoramiento de los miembros del órgano de selección en la evaluación de los conocimientos y méritos objeto de la especialidad. Los ayudantes colaborarán con estos órganos mediante la realización de las tareas técnicas de apoyo que éstos les asignen. En su actividad, unos y otros, se limitarán al ejercicio de sus respectivas competencias.”

<sup>430</sup> Art 55.2 d) EBEP.

<sup>431</sup> M SÁNCHEZ MORÓN, “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, cit. en nº 185, pág. 399: “Por independencia hay que entender aquí que

independencia tiene, a nuestro juicio, indudable relación con la forma en que son elegidos los miembros del tribunal.

En el ámbito de la educación no universitaria las anteriores exigencias se han concretado de la siguiente manera. Los tribunales están formados por cinco miembros.<sup>432</sup> La designación de los presidentes de los órganos selectivos la realiza libremente la Administración convocante, mientras los cuatro miembros restantes son designados por sorteo.<sup>433</sup> La participación como miembros de los tribunales de selección es obligatoria y sólo por causas excepcionales pueden ser dispensados de esta participación.<sup>434</sup> Cabe, no obstante, la posibilidad de que la Administración designe uno de los miembros del tribunal entre aquellos que hubieren solicitado participar voluntariamente en estos procesos, posibilidad que acoge el RD 276/2007 que regula estos procesos selectivos.<sup>435</sup>

---

tales órganos no pueden estar sujetos a instrucciones de ningún tipo, ni a interferencias o influencias espurias por parte de persona u organización alguna.”

<sup>432</sup> Art. 7.2 EBEP.

<sup>433</sup> Art. 7.7 EBEP: “La designación de los presidentes de los tribunales se realizará libremente por el órgano convocante. Los demás miembros serán designados por sorteo, con la excepción de aquellos cuerpos o especialidades en las que el número de titulares no permita la realización del mismo, en cuyo caso las convocatorias podrán disponer otra forma de designación. No obstante lo anterior, las Administraciones educativas podrán disponer la posibilidad de participación voluntaria en los mismos, en la forma y plazo que establezcan, y siempre con carácter previo al procedimiento de designación forzoso, pudiendo ser esta participación reconocida como mérito a los efectos que se determinen.”

<sup>434</sup> Art. 8.3 EBEP: “3. La participación en los órganos de selección tiene carácter obligatorio. Las Administraciones educativas podrán determinar las circunstancias en que, por su situación

administrativa, por causa de fuerza mayor, o por otros motivos debidamente justificados que establezcan, en su caso, las Administraciones educativas competentes, determinados funcionarios puedan ser dispensados de esta participación.”

<sup>435</sup> Como ejemplo ver la base V.2 de la Resolución de 4 de abril de 2014, de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del principado de Asturias, por la que se convoca procedimiento selectivo para ingreso en los cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y procedimientos para adquisición de nuevas especialidades por los funcionarios de los mencionados Cuerpos.

A nuestro juicio, la designación por sorteo de los miembros del tribunal es una de las mayores garantías de la independencia del mismo, por lo que a mayor número de miembros designados por este procedimiento mayores garantías de libertad en la toma de decisiones.<sup>436</sup> Es evidente que resulta más difícil manipular o influir en un tribunal en el que cuatro de sus cinco miembros han sido elegidos por sorteo, que en aquellos casos en los que sus integrantes son designados “a dedo” por los sindicatos o por la Administración convocante.

### **3.2 La discrecionalidad técnica de los tribunales en acceso a la función pública docente**

Por discrecionalidad técnica entendemos “la presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación dentro del proceso selectivo.”<sup>437</sup> Se trata de un principio admitido desde hace muchos años por el Tribunal Constitucional<sup>438</sup> y que ha sido reconocido expresamente en el actual EBEP.<sup>439</sup> Esta presunción de veracidad, que implica la regla del no control jurisdiccional de las decisiones técnicas de los órganos selectivos, no es, en modo alguno, absoluta. Como señala abundante jurisprudencia en esta materia, esta presunción puede, sin embargo, destruirse con pruebas contrarias que lleven a la convicción de que se ha producido

---

<sup>436</sup> Para L. FERNÁNDEZ DELPUECH, en *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, pág. 513, la elección de los temas por sorteo es una “garantía esencial para asegurar que no se producen supuestos de favoritismo con ningún opositor”.

<sup>437</sup> J. FONDEVILA ANTOLÍN, *Selección y pérdida de la condición de empleado público*, cit. en nº 5.

<sup>438</sup> Ver apartado 2.2.1 de la parte primera “la discrecionalidad técnica de los órganos de selección” de este trabajo

<sup>439</sup> Art. 55.2 d) EBEP.

con dolo, con error, con abuso de derecho, con infracción de las normas que rigen el proceso o con desviación de poder.<sup>440</sup>

En el concreto ámbito de los procesos selectivos de acceso a la función pública docente, la discrecionalidad administrativa opera de muy diferente manera en la fase de concurso y en la de oposición.

En la fase de oposición los aspirantes deben demostrar los conocimientos propios de su especialidad mediante el desarrollo por escrito de un tema extraído al azar entre los que componen el temario. A su vez también deben acreditar su aptitud pedagógica mediante la presentación de una programación didáctica y la exposición oral ante el tribunal de una unidad didáctica escogida al azar entre las que componen dicha programación. Resulta evidente que una exposición oral, o el desarrollo por escrito de un tema abierto, pueden merecer calificaciones diversas de los distintos miembros del tribunal y hacen realmente complicado que su criterio pueda ser revisado por el de un órgano jurisdiccional. Sólo en casos en que se realicen pruebas prácticas, cuya evaluación venga predeterminada por criterios objetivos o matemáticos, y se aprecien errores palmarios o groseros del órgano evaluador, cabe desvirtuar la presunción *iuris tantum* de certeza y razonabilidad de las decisiones del tribunal calificador.

Muy distinta es la fase de concurso en la que se aplica un baremo establecido en las bases de la convocatoria que vincula a los tribunales selectivos. Abundante jurisprudencia certifica la posibilidad de revisión de las actuaciones administrativas en la valoración de los méritos de los aspirantes. Fallos en el cómputo de la experiencia docente, errores en el cálculo de la nota media del expediente académico o, especialmente, la deficiente valoración de otros cursos de formación, son objeto habitualmente de recursos judiciales de aspirantes que en ocasiones

---

<sup>440</sup> SAN (Sala de lo Contencioso Administrativo) 2151/1996, de 10 de diciembre, F.D tercero.

son admitidos por los Tribunales de Justicia<sup>441</sup>, desvirtuando la presunción de veracidad derivada de la discrecionalidad técnica.

Este control de los órganos selectivos se extiende, como no puede ser de otra manera, a cuestiones procedimentales que pudieran tener una influencia en la efectividad del derecho consagrado en el art. 23.2 CE. Como señala la STS de 21 de febrero de 1992, la facultad de intervenir en las decisiones de las comisiones o tribunales calificadoros “es plena cuando han infringido o inaplicado normas en las que todos los elementos son reglados, como pueden ser las de procedimiento”.<sup>442</sup> Un ejemplo singular lo muestra la STSJ 327/1999, de 30 de marzo, de la Comunidad Valenciana, en relación a unas pruebas de acceso al cuerpo de profesores de enseñanza secundaria. La sentencia estimó el recurso de un opositor que vio vulnerado su derecho a una objetiva y contrastable valoración, al proceder el órgano selectivo a destruir las pruebas escritas antes del tiempo prudencial exigible neutralizando la posibilidad de defensa del opositor.<sup>443</sup>

### **3.3 Presencia de órganos administrativos en la valoración de los méritos**

La normativa reguladora del acceso a la función pública docente permite la participación de órganos administrativos distintos de los tribunales para que realicen, por delegación de los anteriores, determinadas tareas, como la agregación de las puntuaciones de la fase de concurso a las adjudicadas por los tribunales en la fase de oposición,

---

<sup>441</sup> Entre otros, por ejemplo, la SAN 807/1996, de 4 de junio, sobre el cómputo de la nota media del expediente académico aportado por el candidato; SAN 3495/1998, de 23 de julio, en relación al reconocimiento de la experiencia docente previa; STSJ de Madrid 376/1999, de 9 de febrero, en relación a otros cursos formativos.

<sup>442</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 1386/1992, de 21 de febrero, F.D. primero.

<sup>443</sup> STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 327/1999, de 30 de marzo, F.D. cuarto.

la ordenación de los aspirantes y la elaboración de las listas de los candidatos que hayan superado ambas fases.<sup>444</sup> La razón de esta posibilidad es descargar a los miembros de los tribunales de labores de carácter burocrático más propias de otros órganos administrativos.

Esto supone que, en la práctica, numerosas tareas de valoración de méritos son realizadas por funcionarios ajenos al proceso selectivo. La puntuación de la antigüedad, la posesión de otras titulaciones o la valoración de la nota media del expediente académico de los aspirantes son operaciones matemáticas que, conforme al baremo de la convocatoria, no deberían plantear problema alguno.

Sin embargo, los baremos contienen otros méritos cuya valoración sí exige un cierto discernimiento y evaluación técnica al que no deberían ser ajenos los órganos selectivos. En concreto, en el apartado de otros méritos, suelen establecerse como tales actividades de formación relacionadas con la especialidad a la que se opta o publicaciones de carácter didáctico y científico directamente relacionadas con aspectos generales del currículo. En muchos casos la valoración de estos méritos es realizada, por delegación, por órganos administrativos ajenos a los tribunales de selección lo que puede implicar, a nuestro juicio, una vulneración del principio de especialidad y profesionalidad que, como hemos visto, ha de regir la actuación de los órganos selectivos.

---

<sup>444</sup> Art 8.2 RD 276/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo): “Las convocatorias podrán establecer que, la agregación de las puntuaciones de las fases de concurso a las adjudicadas por los tribunales en la fase de oposición, la ordenación de los aspirantes y la elaboración de las listas de los aspirantes que hayan superado ambas fases, se encomiende a órganos de la Administración distintos de los tribunales, comisiones de selección u órganos equivalentes, los cuales realizarán estas funciones por delegación de los referidos órganos de selección, aportando a los mismos los resultados que obtengan.”



#### **4. LA FASE DE PRÁCTICAS Y SU IRRELEVANCIA EN EL PROCESO SELECTIVO**

Los distintos sistemas de acceso a la función pública, bien en su forma de oposición, concurso o concurso-oposición, pueden ser completados con otras pruebas que aseguren la capacitación de los candidatos. Así, el EBEP establece la posibilidad de completar el proceso selectivo con la realización de cursos, pruebas psicotécnicas, entrevistas o la realización de periodos de prácticas.<sup>445</sup> Esta posibilidad ha sido siempre empleada en los procesos de acceso a la función pública docente no universitaria, por lo que es necesario realizar un análisis de la misma.

La Disposición adicional duodécima de la LOE establece expresamente que “existirá una fase de prácticas, que podrá incluir cursos de formación, y constituirá parte del proceso selectivo.” Esto último es importante porque, en realidad, los aspirantes no adquieren la condición de funcionarios de carrera hasta que no superan dicha fase de prácticas.<sup>446</sup>

La primera cuestión que hay que resaltar es que sólo accederán a la fase prácticas los aspirantes que hayan superado las fases de oposición y concurso, no pudiendo superar éstos el número de plazas convocadas.<sup>447</sup> En consecuencia, la fase de prácticas no tiene carácter

---

<sup>445</sup> Art 61.5 EBEP: “Para asegurar la objetividad y racionalidad de los procesos selectivos, las pruebas podrán completarse con la superación de cursos, de periodos de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas. Igualmente podrán exigirse reconocimientos médicos.”

<sup>446</sup> Art. 32.RD 276/2007: “Concluida la fase de prácticas y comprobado que todos los aspirantes declarados aptos en la misma reúnen los requisitos generales y específicos de participación establecidos en la convocatoria, las Administraciones educativas aprobarán los expedientes de los procedimientos selectivos, que harán públicos en la misma forma que se hizo pública la convocatoria y remitirán las listas de seleccionados en los diferentes cuerpos al Ministerio de Educación, y Ciencia, a efectos de su nombramiento y expedición de los correspondientes títulos de funcionarios de carrera.”

<sup>447</sup> Art. 28 RD 276/2007: “Una vez terminada la selección de los aspirantes, y dado que la fase de oposición no conlleva, por sí sola, derecho alguno al ingreso o acceso a los cuerpos de funcionarios docentes a los que se aspira, los órganos de selección

competitivo, pues los aspirantes no rivalizan entre sí al ser el número de plazas igual, al menos, que el número de candidatos. Dicha fase no tiene, pues, por objeto seleccionar al candidato más idóneo, sino como señala expresamente el Reglamento regulador de ingreso, “comprobar la aptitud para la docencia de los aspirantes seleccionados.”<sup>448</sup>

Una segunda cuestión a analizar es el contenido de esa fase en los procesos de acceso a la función pública docente. La normativa reguladora, si bien remite a las Administraciones educativas la organización de esta fase, determina que incluirá un periodo de docencia directa en centros públicos que se desarrollará bajo la tutoría de profesores experimentados y que tendrá una duración mayor a un trimestre. Asimismo establece que esta fase podrá incluir la realización de cursos de formación.<sup>449</sup>

En suma, la LOE deja un amplio margen de libertad a la Administración para regular la fase de prácticas, pues únicamente obliga a la existencia de un periodo de docencia directa bajo la tutela de un profesor experimentado. Esta libertad para organizar la fase de prácticas tiene, por supuesto, los límites propios de los principios de igualdad, mérito y capacidad que presiden todo el proceso, así como cualquier otro límite que se deriva de la Constitución. Baste recordar, en este sentido, un caso resuelto por el TSJ de Navarra, anulando un test de personalidad que formaba parte de una fase de prácticas para el acceso a diversos cuerpos docente de la Comunidad Foral. El Tribunal

---

harán pública la relación de aspirantes seleccionados que han superado las fases de oposición y concurso por orden de puntuación y, en su caso, por turno, no pudiendo superar éstos el número de plazas convocadas y elevarán dicha relación al órgano convocante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18.5 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.”

<sup>448</sup> Art. 30.1 RD 276/2007.

<sup>449</sup> Art. 30.1 EBEP: “Las Administraciones educativas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de este Reglamento, regularán la organización de la fase de prácticas que incluirá un periodo de docencia directa que formará parte del procedimiento selectivo y que tendrán por objeto comprobar la aptitud para la docencia de los aspirantes seleccionados. Este periodo de ejercicio de la docencia en centros públicos se desarrollará bajo la tutoría de profesores experimentados, preferentemente del correspondiente cuerpo de catedráticos y tendrá una duración mayor a un trimestre y no superior a un curso escolar y podrá incluir cursos de formación.”

entendió que dicho test suponía una intromisión ilegítima en la esfera de la intimidad de los candidatos al indagar sobre cuestiones de carácter personal que nada tenían que ver con el puesto.<sup>450</sup>

La evaluación de esta fase de prácticas tiene por objeto garantizar que los aspirantes posean las capacidades didácticas necesarias para la docencia. En esta evaluación, el profesor tutor y el funcionario en prácticas compartirán la responsabilidad sobre la programación de las enseñanzas de los alumnos de este último. Asimismo se tendrá en cuenta la valoración de los cursos de formación que se hayan desarrollado, siempre que este extremo haya sido determinado en las respectivas convocatorias y, en su caso, hayan sido incluidos en la regulación de la fase de prácticas.<sup>451</sup>

Al término de la fase de prácticas, se evaluará a cada aspirante en términos de «apto» o «no apto». En este último caso, la Administración podría autorizar la repetición de esta fase por una sola vez, pudiendo estos aspirantes incorporarse con los seleccionados de la siguiente promoción. Caso de no poder incorporarse a la siguiente promoción por no haberse convocado ese año procedimiento selectivo de ingreso al mismo cuerpo y especialidad, realizarán la fase de prácticas durante el curso siguiente a aquel en que fue calificado como «no apto». Quienes no se incorporen o sean declarados no aptos por segunda vez perderían todos los derechos a su nombramiento como funcionarios de carrera.<sup>452</sup>

Una vez detallado como opera la fase de prácticas, podemos concluir que, aunque se trata de una fase más del proceso selectivo, estamos ante un mero trámite prácticamente irrelevante. En primer lugar, los candidatos no compiten entre sí por las plazas, pues el número de éstas es igual al número de aspirantes. Además la

---

<sup>450</sup> STSJ de Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 4243/1998, de 20 de noviembre, F.J. segundo: “El contenido del test recurrido supone una intromisión ilegítima en la esfera de la personalidad, y recaba sin justa causa conocimiento de cuestiones cuyo contenido afecta a la intimidad personal.”

<sup>451</sup> Art. 31 RD 276/2007 “Evaluación de la fase de prácticas.”

<sup>452</sup> Art. 31.2 RD 276/2007.

evaluación de la misma no es realizada por el tribunal de selección sino por un profesor. experimentado que hace un seguimiento de la docencia del profesor en prácticas. Por último, en el caso de que un aspirante fuera declarado “no apto” y, en consecuencia, no superara esta fase del proceso selectivo, tendría una segunda oportunidad durante el curso siguiente.

La realidad corrobora la irrelevancia de esta fase pues es tarea prácticamente imposible encontrar en los últimos treinta años un opositor que, superando las fases de oposición y concurso, haya sido declarado no apto en la fase de prácticas y no haya alcanzado la condición de funcionario de carrera.

Como corolario cabe preguntarse si la fase de prácticas, tal y como está concebida en el acceso a la función docente, no supone una oportunidad perdida para la selección del candidato más idóneo. Hay que recordar que el derecho recogido en el art. 23.2 CE no sólo consagra un derecho a la igualdad en el acceso, sino que su conjunción con los principios de mérito y capacidad lo vincula con el principio constitucional de eficacia administrativa mediante la selección de los candidatos más capacitados para el puesto.<sup>453</sup> Sin embargo, a nadie se le escapa que el desarrollo satisfactorio de la función docente implica, no sólo unos conocimientos técnicos, sino también una serie de cualidades y habilidades personales que son difícilmente valorables mediante un simple concurso-oposición. Ello nos lleva a plantear la conveniencia de diseñar esta fase como una continuación del proceso competitivo entre los candidatos bajo la evaluación del tribunal selectivo, pudiendo, de esta manera, determinar con más elementos de juicio quienes son los aspirantes que más aptitudes tiene para desempeñar la tarea docente.

---

<sup>453</sup> Ver apartado 1.2 de la parte primera de este trabajo “Garantía de imparcialidad y eficacia de la Administración”.

### **CAPÍTULO III**

## **LOS SISTEMAS EXCEPCIONALES DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA DOCENTE NO UNIVERSITARIA**

### **1. LOS SISTEMAS EXCEPCIONALES DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA**

La historia del acceso a la función pública en España y, singularmente a la función docente, se ha venido caracterizando por la existencia de numerosos sistemas excepcionales de acceso, bien debido a que lo permitía la normativa aplicable a toda la función pública estatal, bien a que lo hacía la legislación específica del ámbito educativo.<sup>454</sup> La excepcionalidad de dichos sistemas responde a determinadas circunstancias. Por un lado, a la existencia de algún problema coyuntural que el legislador ha entendido que requiere una regulación específica de acceso distinta a la general; como hemos señalado anteriormente la existencia de estos sistemas excepcionales ha estado vinculada a la necesidad de consolidar las grandes bolsas de funcionarios interinos que recurrentemente se forman en el seno de las

---

<sup>454</sup> J.M. ALEGRE ÁVILA, “De nuevo sobre los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública: las sentencias del Tribunal Constitucional 27/1991, 151/1992 y 302/1993” en *Revista Aragonesa de Administración Pública* n° 3, 1993, pág. 257: “Desde 1984, fecha de promulgación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, los diversos legisladores, estatal y autonómico, han arbitrado diferentes soluciones para normalizar, con el designio de la plena y definitiva integración en las respectivas funciones públicas (estatal, locales y autonómicas), la situación del personal vinculado a la Administración mediante una relación no estable o precaria, ya en virtud de contratos administrativos de colaboración temporal, ya como consecuencia de una adscripción meramente interina.”

distintas administraciones públicas. Por otro, lado la excepcionalidad deriva de su carácter transitorio, es decir, que estamos ante sistemas diseñados para su aplicación durante un periodo limitado de tiempo en el que se pretende resolver el problema circunstancial antes señalado.<sup>455</sup>

### **1.1 En el ámbito de la Administración General del Estado**

Los sistemas excepcionales de acceso a la función pública han estado presentes en las distintas leyes que han regulado la función pública en España, tanto en el ámbito estatal, como en el autonómico. Las disposiciones transitorias han sido el recurrente mecanismo que ha avalado diferentes sistemas especiales de acceso con el objetivo de consolidar el empleo público interino.

#### ***1.1.1. Sistemas excepcionales de acceso a la función pública a la entrada en vigor de la Constitución Española***

La transición del régimen franquista al estado constitucional actual fue un periodo repleto de reformas en todos los órdenes de la vida política, económica y social en España. Estos cambios afectaron, como no podía ser de otra manera, a la función pública española. En concreto, en relación al acceso a la función pública, es de enorme relevancia el Real Decreto-Ley 22/1977, de 30 de marzo, de reforma de la legislación sobre funcionarios de la Administración Civil del Estado y Personal Militar de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire. En su articulado se contempla, en las convocatorias para el ingreso a la función pública, la reserva de un porcentaje de vacantes para su provisión entre

---

<sup>455</sup> F. PUERTA SEGUIDO, *La consolidación del empleo público precario*, cit. en 421, pág. 327: “La excepcionalidad de las pruebas reside, por tanto, no sólo en la situación fáctica que las justifica sino también en la posibilidad de celebrarlas una sola vez, se trata de un proceso único e irrepetible.”

funcionarios interinos durante un periodo de cinco años.<sup>456</sup> Se da, de esta manera, carta de naturaleza legislativa a un sistema excepcional de acceso que ha venido denominándose como “oposiciones restringidas”. Ello refleja la preocupación ya existente entonces por la consolidación del empleo interino.

### ***1.1.2 La reforma de la Función Pública y la creación de las nuevas Administraciones autonómicas***

La Ley 30/1984, de 30 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública supuso, como su propio nombre indica, una renovación en profundidad en todos los órdenes de la función pública española. Asimismo, la nueva estructura territorial del Estado derivada de las posibilidades que permitía la Constitución de 1978, con la consiguiente aparición de las nuevas Administraciones autonómicas, significó el traspaso de miles de funcionarios estatales a las nuevas administraciones descentralizadas. Todo ello, unido a la creciente expansión de los servicios públicos durante ese periodo, implicó un progresivo aumento en el número de funcionarios públicos y la consiguiente presión para estabilizar a los funcionarios interinos.

Estas circunstancias determinaron que la Ley 30/1984 estableciera un sistema excepcional de acceso a la función pública con el fin de normalizar la situación del personal vinculado a la Administración mediante una relación no estable o precaria y, en definitiva, integrar a este personal de manera plena y definitiva en la

---

<sup>456</sup> Real Decreto-Ley 22/1977, de 30 de marzo, Disposición adicional Quinta, dos: “Durante un plazo máximo de cinco años, en las convocatorias a que se refiere el número anterior, podrá reservarse un porcentaje determinado de las vacantes existentes para su provisión entre funcionarios interinos y personal contratado de colaboración temporal que presten sus servicios a la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley y continúen prestándolos al publicarse la correspondiente convocatoria.”

función pública.<sup>457</sup> En concreto, la Disposición Transitoria sexta de la Ley 30/1984 estableció de manera clara dos vías de acceso para lograr este objetivo. La primera, contemplada en su apartado 2, en virtud de la cual en las convocatorias de selección de los empleados públicos se valorarían los servicios efectivos prestados por los contratados administrativos e interinos con respeto, en todo caso, a los principios de mérito y capacidad. La segunda vía, a la que se refería el apartado 4º de la citada Disposición Transitoria, permitía a las Administraciones autonómicas convocar pruebas específicas para el personal que con anterioridad al 15 de marzo de 1984 estuviera ocupando un puesto de trabajo con contrato administrativo de carácter temporal. En virtud de esta habilitación estatal, distintas comunidades autónomas convocaron procesos selectivos específicos para consolidar la situación precaria de los funcionarios interinos, consagrando así nuevamente la práctica de las oposiciones restringidas.<sup>458</sup> Estos sistemas excepcionales fueron consolidados posteriormente por la Ley 50/1988, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social<sup>459</sup>, así como por la Ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la Ley de Medidas de para la Reforma de la Función Pública, que permitió la funcionarización del personal laboral fijo de la Administración mediante

---

<sup>457</sup> Este sistema excepcional fue detalladamente estudiado por J.M. ALEGRE AVILA, en “De nuevo sobre los principios de igualdad mérito y capacidad...cit. en nº 454, 1993, pág. 253 y ss.

<sup>458</sup> Como ejemplos la Disposición transitoria 6ª, apartado 3º de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía; Disposición transitoria 9ª, apartado 2º de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, del Parlamento de canarias, de Función Pública de canarias; disposición transitoria sexta de la Ley 4/1993, de 10 de marzo, de la Función Pública de Cantabria;

<sup>459</sup> Ley 50/1988, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Artículo 39, Procesos de consolidación de empleo temporal:

“La convocatoria de procesos selectivos para la sustitución de empleo interino o consolidación de empleo temporal estructural y permanente se efectuará de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad y publicidad y mediante los sistemas selectivos de oposición, concurso o concurso-oposición. En este último caso, en la fase de concurso podrán valorarse, entre otros méritos, la experiencia en los puestos de trabajo objeto de convocatoria.”



pruebas selectivas *ad hoc*.<sup>460</sup> En la misma línea la Disposición Transitoria octava de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local favoreció la adquisición de la condición de funcionarios de carrera a los interinos y contratados temporales del ámbito municipal.

### **1.1.3 Sistemas excepcionales de acceso en el Estatuto Básico del Empleado Público**

El vigente Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, no ha sido inmune al virus de los procesos selectivos especiales, estableciendo dos sistemas excepcionales de acceso a la función pública. Por un lado, en su Disposición Transitoria segunda contempla la posibilidad de pruebas de selección específicas para el personal laboral fijo de la Administración que a la entrada en vigor de la Ley vinieran desempeñando tareas propias de funcionarios, esto es, un nuevo proceso de funcionarización<sup>461</sup>. Por otro, la Disposición Transitoria cuarta, bajo el epígrafe de “consolidación de

---

<sup>460</sup> Ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la Ley de Medidas de para la Reforma de la Función Pública; Disposición Transitoria decimoquinta, ap. 2:

“El personal laboral fijo que, a la entrada en vigor de la presente ley, se hallare prestando servicios a la Administración del Estado u sus Organismos Autónomos, así como en las Entidades gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en puestos reservados a funcionarios, podrá participar en las pruebas selectivas de acceso a los Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos los correspondientes puestos, siempre que posean la titulación necesaria y reúnan los restantes requisitos exigidos, debiendo valorarse a estos efectos como méritos los servicios efectivos prestados en su condición de laboral, y las pruebas selectivas superadas para acceder a la misma.

<sup>461</sup> Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público, Disposición Transitoria segunda: “El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos.

Asimismo podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición.”

empleo temporal”, permitió a las Administraciones pública convocatorias específicas para consolidar a los funcionarios interinos que estuvieran desempeñando esos puestos con anterioridad al 1 de enero de 2005.<sup>462</sup>

En suma, los sistemas excepcionales de acceso a la función pública, han sido una constante en la legislación de la función pública española, ello sin analizar de manera más exhaustiva otros ámbitos sectoriales diferentes como en el caso de la Administración sanitaria.<sup>463</sup>

## **1.2 En el ámbito del sistema educativo**

Los sistemas excepcionales de acceso a la función pública han sido han sido frecuentemente utilizados en el ámbito de la enseñanza no universitaria. Desde la aprobación de la Constitución hasta nuestros días, diferentes leyes han contemplado distintos procedimientos transitorios, especialmente diseñados para favorecer el acceso a la función pública de los funcionarios interinos.

### ***1.2.1 Las oposiciones restringidas para el acceso a la función docente***

Como hemos señalado anteriormente, el Real Decreto-Ley 22/1977, de 30 de marzo, permitió en las convocatorias de acceso a la función pública la reserva de un porcentaje determinado de las vacantes existentes para su provisión entre funcionarios interinos y

---

<sup>462</sup> Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público, Disposición Transitoria cuarta: 1. “Las Administraciones públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005

<sup>463</sup> Como ejemplo, ver el análisis de F. PUERTA SEGUIDO en *La consolidación del empleo público precario*, cit. en nº 421, pág. 329 y ss, sobre la disposición transitoria cuarta de la Ley de Castilla y León 1/1993, de 6 de abril, de ordenación del Sistema Sanitario.

personal contratado de colaboración temporal que prestasen sus servicios a la entrada en vigor de dicho Real Decreto-Ley. Este sistema de oposiciones restringidas tuvo especial relevancia en el ámbito de la enseñanza pues en aquella época había miles de docentes interinos, los antiguos PNNs (profesores no numerarios), que ejercían una gran presión política y sindical para estabilizar su situación.<sup>464</sup>

Este mecanismo, que inicialmente fue ideado para un periodo transitorio de cinco años,<sup>465</sup> pervivió más de lo inicialmente previsto en el ámbito docente. Así, mediante distintos Reales Decretos Leyes que prorrogaron el mecanismo de las oposiciones restringidas en el ámbito docente<sup>466</sup>, miles de profesores interinos gozaron de un sistema paralelo de acceso distinto al de libre concurrencia al que tenían que acudir el resto de los ciudadanos. En suma, las oposiciones restringidas se mantuvieron vigentes para el ingreso en los cuerpos docentes hasta la aprobación de la Ley de la Función Pública de 1984, más allá de los cinco años inicialmente previstos.

---

<sup>464</sup> El abuso de las pruebas restringidas para convertir a colectivos de interinos en funcionarios de carrera ha sido puesto de manifiesto por la doctrina que se ha ocupado del acceso a la función pública en España. Como ejemplo ver J.R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, cit. en nº 241, pág. 481: “Por la misma vía de la discrecionalidad han accedido al empleo público numerosos colectivos de interinos, y éstos, junto a los laborales, se han beneficiado de conversiones masivas, a través de pruebas restringidas o de favor, en funcionarios de carrera.”

<sup>465</sup> Real Decreto-Ley 22/1977, de 30 de marzo, Disposición adicional Quinta, dos: “Durante un plazo máximo de cinco años, en las convocatorias a que se refiere el número anterior, podrá reservarse un porcentaje determinado de las vacantes existentes para su provisión entre funcionarios interinos y personal contratado de colaboración temporal que presten sus servicios a la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley y continúen prestándolos al publicarse la correspondiente convocatoria.”

<sup>466</sup> Como ejemplo de la prórroga de las oposiciones restringidas en el ámbito de la enseñanza el Real decreto Ley 11/1982, de 25 de junio, sobre ampliación de plantillas e ingreso en diversos cuerpos docentes, estableció en su Disposición transitoria 1ª: “En las convocatorias a que se refiere la disposición adicional 5.ª, 2, del Real Decreto-Ley 22-1977, de 30 de marzo, podrán participar quienes estuvieran prestando servicios en el momento de la convocatoria en calidad de Profesores interinos o contratados de los Cuerpos correspondientes, siempre que el nombramiento o contrato tuviese la duración del curso académico completo en que se convoquen las pruebas.”

### **1.2.2 La LOGSE y la normalización de los funcionarios interinos**

En el ámbito estrictamente docente también se previeron sistemas excepcionales de acceso establecidos con el fin de facilitar el acceso a la función pública a los funcionarios interinos y estabilizar así su precaria situación laboral. La LOGSE, aprobada en el año 1990, supuso una reforma integral del sistema educativo español, con medidas tan trascendentes como la extensión de la escolarización obligatoria hasta los 16 años de edad. La ley contempló en su Disposición adicional novena un sistema general de ingreso a la función docente mediante concurso-oposición, en el que se valoraban, entre otros méritos, la formación académica y la experiencia docente. Asimismo en diversas Disposiciones Adicionales se establecieron los requisitos de titulación para acceder a los distintos cuerpos docentes. Sin embargo, al mismo tiempo, la LOGSE consagró, en sus Disposiciones transitorias quinta y sexta, dos sistemas excepcionales de acceso al margen de los procesos ordinarios. Así, la Disposición transitoria quinta determinó que las tres primeras convocatorias de ingreso a la función pública docente se realizaran conforme a un sistema de selección en el que tenían una valoración preferente los servicios prestados en la enseñanza pública.<sup>467</sup> No estamos, pues, ante oposiciones restringidas, pero sí ante un sistema excepcional al margen del ordinario, previsto para un periodo limitado en el tiempo, y cuyo objetivo no era otro que la absorción del abundante profesorado no numerario nacido al amparo de la anterior normativa, en el que se valoraban de manera preferente los servicios

---

<sup>467</sup> Disposición transitoria quinta de la LOGSE, apartado 2:

“Las tres primeras convocatorias de ingreso en la función pública docente, que se produzcan después de la entrada en vigor de la presente Ley, se realizarán conforme a un sistema de selección en el que se valoren los conocimientos sobre los contenidos curriculares que deberán impartir los candidatos seleccionados y su dominio de los recursos didácticos y pedagógicos, así como los méritos académicos. Entre éstos tendrán una valoración preferente los servicios prestados en la enseñanza pública”

prestados en la enseñanza pública.<sup>468</sup> Asimismo, el apartado tercero de la citada Disposición transitoria quinta eximió a los funcionarios interinos, igualmente durante tres convocatorias de ingreso, de la titulación que se exige para presentarse a las pruebas al resto de los ciudadanos, es decir, una nueva excepción con la no disimulada intención de convertir en funcionarios de carrera a los funcionarios interinos.<sup>469</sup> Por último, la Disposición transitoria sexta estableció asimismo un mecanismo excepcional de acceso mediante pruebas selectivas específicas para permitir el acceso a la función pública docente al profesorado de escuelas privadas del País vasco y Cataluña, que se integraron en la red de centros públicos con el fin de promover la enseñanza de la lengua autonómica.<sup>470</sup> Estamos, nuevamente, ante procesos excepcionales de funcionarización de personal laboral, al margen de las pruebas selectivas ordinarias para el resto de los ciudadanos.

---

<sup>468</sup> Ver el análisis que de este sistema excepcional de acceso realiza M. VIVANCOS COMES en “El derecho fundamental al acceso a la Función Pública en condiciones de igualdad (a propósito de la sentencia constitucional 11/1996, de 29 de enero)”, *Revista General de Derecho* n° 63, 1997, pág. 3641 y ss.

<sup>469</sup> Disposición transitoria quinta de la LOGSE, apartado 3:

“Podrán presentarse a las tres primeras convocatorias de ingreso en el cuerpo de maestros quienes, careciendo de la titulación específica exigida por la presente Ley, desempeñen a la entrada en vigor de la misma tareas docentes como funcionarios de empleo interino del cuerpo de profesores de EGB o realicen funciones de logopeda, como personal contratado en régimen laboral, en centros de EGB, de conformidad con los requisitos exigidos en la normativa anterior.

Igualmente, durante el mismo plazo, podrán presentarse a las convocatorias para el ingreso en el resto de los cuerpos creados por esta Ley, quienes careciendo de la titulación exigida con carácter general se establece para el ingreso en los mismos, e independiente de las equivalencias que el Gobierno determine, hayan prestado servicios como funcionarios interinos durante un tiempo mínimo de tres cursos académicos, y continúen prestándolos a la entrada en vigor de esta Ley en los correspondientes cuerpos integrados en aquellos en los que aspire a ingresar.”

<sup>470</sup> Disposición Transitoria sexta de la LOGSE:

El personal docente al servicio de los centros que, de acuerdo con los procesos previstos en la Ley 14/1983, de 14 de julio del Parlamento de Cataluña y en la Ley 10/1988, de 29 de junio, del Parlamento vasco, se integre o se hubiera integrado en la red de centros públicos dependientes de las respectivas Administraciones educativas, podrá ingresar en la Función pública docente mediante pruebas selectivas específicas convocadas por las Administraciones educativas competentes, previa regulación de sus respectivos Parlamentos.”

### **1.2.3 La reducción de los funcionarios interinos en la LOE**

Los procesos excepcionales favorecedores para los funcionarios interinos en el ámbito docente no concluyeron con la LOGSE. La todavía vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, establece en su Disposición adicional duodécima el sistema ordinario de ingreso a la función pública, mediante un concurso-oposición en el que se valoran, entre otros méritos, la formación académica y la experiencia docente previa.

Al margen del sistema ordinario de acceso, la LOE contempló en su Disposición Transitoria decimoséptima un nuevo sistema excepcional de acceso durante cinco años, so pretexto de reducir el porcentaje de profesores internos en los centros educativos. Así en el apartado 2º de la Disposición transitoria decimoséptima, se establece una fórmula que nos recuerda a las vistas en otras épocas y situaciones:

“Durante los años de implantación de la presente Ley, el acceso a la función pública docente se realizará mediante un procedimiento selectivo en el que, en la fase de concurso se valorarán la formación académica y, de forma preferente, la experiencia docente previa en los centros públicos de la misma etapa educativa, hasta los límites legales permitidos...”

Estamos pues de nuevo ante un sistema excepcional de acceso, establecido para un periodo limitado de tiempo, distinto al sistema ordinario previsto en la Disposición adicional duodécima de la Ley. A diferencia de la LOGSE, la LOE manifiesta de manera expresa, en el apartado 1º de la propia Disposición transitoria decimoséptima, la finalidad de dicho sistema transitorio, que no es otra que la reducción del porcentaje de los profesores interinos en los centros educativos.<sup>471</sup>

---

<sup>471</sup> Disposición transitoria decimoséptima. Acceso a la función pública docente.

Por otro lado, la Disposición Transitoria quinta de la LOE, estableció un nuevo proceso excepcional de funcionarización del personal laboral fijo durante un periodo de tres años.<sup>472</sup> En este caso el objetivo fue integrar en la función pública al personal docente de naturaleza laboral que venía prestando servicios en centros educativos dependientes de Administraciones no autonómicas que se integraron posteriormente en la Administración educativa. El mecanismo de funcionarización consistió en una prueba selectiva específica para este tipo de personal, al margen de la libre concurrencia del resto de los ciudadanos.

## **2. LAS PRUEBAS RESTRINGIDAS**

### **2.1 El concepto de pruebas restringidas**

Con carácter general entendemos por pruebas restringidas aquellas cuya participación está reservada únicamente a un colectivo

---

1. El Ministerio de Educación y Ciencia propondrá a las Administraciones educativas, a través de la Conferencia Sectorial de Educación, la adopción de medidas que permitan la reducción del porcentaje de profesores interinos en los centros educativos, de manera que en el plazo de cuatro años, desde la aprobación de la presente Ley, no se sobrepasen los límites máximos establecidos de forma general para la función pública

<sup>472</sup> Disposición transitoria quinta. Personal laboral fijo de centros dependientes de Administraciones no autonómicas:

1. “Cuando se hayan incorporado, con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, o se incorporen durante los tres primeros años de su aplicación, centros previamente dependientes de cualquier Administración Pública a las redes de centros docentes dependientes de las Administraciones educativas, el personal laboral que fuera fijo en el momento de la integración y realice funciones docentes en dichos centros, podrá acceder a los cuerpos docentes regulados en esta Ley, previa superación de las correspondientes pruebas selectivas convocadas a tal efecto por los respectivos Gobiernos de las Comunidades Autónomas. Dichas pruebas deberán garantizar, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, en la forma que determinen los Parlamentos autonómicos, debiendo respetarse, en todo caso, lo establecido en la normativa básica del Estado.”

2. “Los procedimientos de ingreso a que hace referencia esta disposición sólo serán de aplicación en el plazo de tres años.”

previamente determinado, quedando pues limitada la libre concurrencia a las mismas. Se contraponen así a los procesos selectivos libres o de participación abierta a todos los ciudadanos que cumplan los requisitos de titulación exigidos para presentarse. También pueden entenderse como pruebas restringidas aquellos procesos selectivos en los que se reservan un número determinado de plazas para un colectivo concreto, detrayéndose de las que se convocan para libre concurrencia. Es decir, que las oposiciones restringidas pueden convivir con las de pública concurrencia en una convocatoria de oposiciones. En consecuencia, como señala el profesor SÁNCHEZ MORÓN<sup>473</sup>, la práctica de los turnos restringidos supone la exclusión *ab initio* de los demás ciudadanos no incluidos en el colectivo para el que se reserva la prueba.

Este tipo de procesos restringidos de acceso a la función pública puede presentar distintas variantes, en algunos casos de uso muy común, sin que haya dudas acerca de su validez constitucional. Así ocurre en el caso de la reserva de plazas para minusválidos como medida de discriminación positiva hacia este colectivo. Este turno restringido para minusválidos ha sido recogido en numerosa

---

<sup>473</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN, Art. 23.2 CE, en *Comentarios a las leyes políticas*, cit. en n° 6, pág. 681.



legislación<sup>474</sup> y su constitucionalidad avalada en la STC 269/94<sup>475</sup>, ha sido pacíficamente aceptada por la doctrina.<sup>476</sup>

Por otro lado, también se pueden calificar como pruebas restringidas los procesos de promoción interna entre cuerpos de funcionarios de carrera, a través de turnos restringidos, esto es, oposiciones reservadas para los que ya son funcionarios de carrera. Ya la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, consagró estos turnos de promoción interna para promover el ascenso desde cuerpos o escalas de un grupo de titulación a otros del inmediato superior.<sup>477</sup> Estas pruebas restringidas fueron respaldadas por el

---

<sup>474</sup> En la actualidad el art. 59 del EBEP determina que “en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad”, por supuesto, siempre que superen el proceso selectivo.

<sup>475</sup> STC 269/94, de 3 de octubre. F.J 5º: “No se ha producido, por tanto, una valoración, como mérito, de una condición del sujeto (su discapacidad física, síquica o sensorial) que no tiene anclaje con la aptitud para el desempeño del cargo funcional; se ha intentado promocionar, reiteramos que legítimamente, la inserción profesional de sujetos con dificultades de acceso al empleo, lo que, en sí mismo no sólo no es contrario a la igualdad, sino que la hace posible y efectiva, a través de un mecanismo, la reserva de plazas, que no restringe el derecho de los que opositan (puesto que éstos acceden a las de su turno en condiciones que no son censurables desde la perspectiva del art. 23.2 CE) ni exceptúan a los sujetos favorecidos con la reserva, que quedan obligados a poner de manifiesto su aptitud para el desempeño de las plazas y a acreditar su idoneidad para el desarrollo de las funciones que les son inherentes, asegurándose así la tutela de la eficacia administrativa en la gestión de los intereses generales.”

<sup>476</sup> Un estudio minucioso del acceso de los minusválidos a la función pública a través del turno de reserva de plazas, lo encontramos en J.B. LORENZO DE MEMBIELA, *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, cit. en nº 198, pág. 151 y ss.

<sup>477</sup> Ley 30/1984, de 2 de agosto. Art. 22.1. Fomento de la promoción interna:

Las Administraciones públicas facilitarán la promoción interna consistente en el ascenso desde cuerpos o escalas de un grupo de titulación a otros del inmediato superior. Los funcionarios deberán para ello poseer la titulación exigida para el ingreso en los últimos, haber prestado servicios efectivos, durante al menos dos años, como funcionario de carrera en cuerpos o escalas del grupo de titulación inmediatamente inferior al del cuerpo o escala al que pretendan acceder, así como reunir los requisitos y superar las pruebas que para cada caso establezca el Ministerio de Administraciones Públicas o el órgano competente de las demás Administraciones públicas. Dichas pruebas, en las que deberán respetarse los principios de igualdad, mérito y capacidad, podrán llevarse a cabo en convocatorias independientes de las de ingreso cuando, por conveniencia de la planificación general de los recursos humanos, así lo autorice el Gobierno o el órgano competente de las demás Administraciones Públicas.

Tribunal Constitucional en la STC 50/1986<sup>478</sup> con el argumento de dar cumplimiento al mandato constitucional de favorecer la promoción mediante el trabajo (art. 35.1 CE).<sup>479</sup>

En ambos casos, pues, la defensa de valores constitucionalmente protegidos determina que este tipo de procesos selectivos restringidos cuente con plena legitimidad constitucional.

Ahora bien, cuando la doctrina se refiere a las oposiciones restringidas para el acceso a la función pública, está señalando fundamentalmente a procesos selectivos reservados a funcionarios interinos o contratados temporales, es decir, a personal con una vinculación precaria con la Administración Pública.<sup>480</sup> Igualmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha identificado los procesos cerrados o restringidos con aquellos en los que “*para tomar parte en los mismos se exige haber prestado previamente servicios profesionales en la Administración convocante*”.<sup>481</sup> Son este tipo de procesos selectivos los que han generado controversia acerca de su validez constitucional y que serán objeto de análisis en este trabajo.

---

<sup>478</sup> STC 50/1986, de 23 de abril, F.J. 4º; “No se trata aquí, en efecto, de una convocatoria para el ingreso en la función pública (la que simultáneamente se hizo con esta finalidad estaba abierta por igual a funcionarios y no funcionarios), sino de una promoción entre funcionarios para el acceso a plazas de Oficial, aunque a través del sistema selectivo del concurso-oposición, lo que no resulta contrario a la Constitución sino concorde con ella, dado el mandato constitucional de favorecer la promoción mediante el trabajo (art. 35.1).”

<sup>479</sup> Un estudio sobre estos procesos de promoción interna y sobre la STC 50/1986 lo encontramos en V.M. GONZÁLEZ-HABA GUIADO, “En torno a las oposiciones restringidas (STC 50/1986, de 23 de abril)” *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 50, 1986, pág. 275 y ss.

<sup>480</sup> Son innumerables los ejemplos de autores que se refieren a las oposiciones restringidas en relación a los sistemas de consolidación del empleo precario. Como ejemplos J.M. ALEGRE ÁVILA en “De nuevo sobre los principios de igualdad mérito y capacidad en el acceso a la función pública, cit. en nº 454, al dedicar su apartado III (pág. 257 y ss.) a “la normalización de la situación del personal de empleo precario: el sistema de pruebas restringidas.” Más recientemente M. BALADIEZ ROJO en *Art. 23.2 en VV.AA. Comentarios a la Constitución*, cit. en nº 121, pág. 582 y ss., dedica un apartado a las pruebas restringidas y la valoración de los servicios prestados.

<sup>481</sup> STSC 126/2008, de 27 de octubre, F.J.4º; STC 27/2012, de 1 de marzo, F.J. 6.

## 2.2 La doctrina del Tribunal Constitucional

La doctrina del Alto Tribunal en esta materia viene fijada por la STC 27/1991, de 14 de febrero, al resolver dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas respectivamente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, sobre la Disposición Transitoria 6ª, ap. 4º, de la Ley 30/1984, de 2 agosto 1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y la Disposición Transitoria 6ª, ap. 3º, de la Ley 6/1985, de 28 noviembre 1985, del Parlamento de Andalucía, de ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, y por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Canarias, sobre la Disposición Transitoria 9ª, ap. 2º, de la Ley 2/1987, de 30 marzo 1987, del Parlamento de Canarias, de Función Pública de Canarias.

El precepto de la Ley estatal cuestionado habilitaba a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas a convocar “*pruebas específicas*” para el personal que tuviese con anterioridad al 15 de marzo de 1984 la condición de contratados administrativos en expectativa de acceso a su respectiva función pública.<sup>482</sup> En la misma línea las leyes autonómicas cuestionadas autorizaban a sus respectivos Consejos de Gobierno a convocar pruebas específicas de acceso a la función pública para determinado tipo de personal con una vinculación temporal con esas administraciones.<sup>483</sup>

---

<sup>482</sup> Disposición transitoria 6ª, ap. 4º, de la Ley 30/1984, de 2 agosto 1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública: “Los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán convocar pruebas específicas para el personal que, al amparo de lo establecido en disposiciones de carácter general promulgadas por las correspondientes Comunidades Autónomas, tuviese, con anterioridad al 15 de marzo de 1984 la condición de contratados administrativos en expectativa de acceso a su respectiva Función Pública. Se considerarán incluidos en el presente precepto los contratados mediante convocatorias públicas con anterioridad al 15 de marzo de 1984”.

<sup>483</sup> La Disposición transitoria sexta, apartado 3.º, de la Ley 6/1985, objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, autorizaba al Consejo de Gobierno para «convocar pruebas específicas de acceso a la Función Pública de la Junta de Andalucía, para el personal al que sea de aplicación lo previsto en el Decreto 153/1982, de 22 de diciembre, así como para el que habiendo superado las pruebas selectivas, celebradas en virtud de convocatorias publicadas por la Comunidad Autónoma, con anterioridad

Estas leyes objeto de cuestión de inconstitucionalidad consagraron, pues, unas oposiciones restringidas al reservar la participación únicamente a funcionarios interinos o contratados administrativos de carácter temporal, excluyendo al resto de los ciudadanos.

### ***2.2.1 Inconstitucionalidad de las pruebas restringidas como regla general***

La cuestión fundamental planteada al Tribunal en la STC 27/1991 es si las normas reseñadas objeto de cuestión de inconstitucionalidad, al establecer pruebas específicas a las que sólo tienen acceso el personal al servicio de la Comunidad autónoma como interino o contratado, pueden contradecir el art 23.2 CE al suponer la exclusión de eventuales aspirantes que no mantienen relación de empleo alguno con la Comunidad autónoma en el momento de la correspondiente convocatoria.

El Tribunal no deja lugar a dudas cuando determina que es evidente que *“el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública supone una limitación fundamental a la práctica de las llamadas pruebas restringidas para el acceso a la función pública las cuales en general han de considerarse como un procedimiento proscrito por el art. 23.2”* (F.J 5 c). En consecuencia el Alto Tribunal considera que, en general, las pruebas restringidas son contrarias al derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad la función pública, al establecer una diferencia de trato arbitraria y no razonable entre quienes ostentan la condición de funcionarios interinos y el resto de los ciudadanos. Esta posición ha sido reiterada por posteriores sentencias del Tribunal Constitucional que han confirmado que la celebración de pruebas de

---

al día 23 de agosto de 1984, esté ocupando puestos de trabajo con contratos administrativos de colaboración temporal, sin perjuicio de que al amparo de lo previsto en el apartado 1, hubiese adquirido la condición de interino».

carácter restrictivo para el acceso a la función pública es, con carácter general, contraria a la Constitución.<sup>484</sup>

### **2.2.2 Admisión de las pruebas restringidas en situaciones excepcionales**

A pesar de la aparente contundencia del Tribunal al enjuiciar la cuestión de inconstitucionalidad antes comentada, la STC 27/1991 permite una excepción a la prohibición de las pruebas restringidas. Así el Tribunal Constitucional matiza la regla general con el siguiente razonamiento:

“No cabe excluir que, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la Ley a favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración pública. (F.J. 5 c)

El Alto Tribunal aplica, pues, en este caso la doctrina de la razonabilidad y la proporcionalidad como test a los que se somete el juicio de constitucionalidad en materia de igualdad.<sup>485</sup> Se entiende, por tanto, que la desigualdad de trato es razonable, proporcionada y por lo tanto no arbitraria si se dan las siguientes circunstancias:

---

<sup>484</sup> STC 16/1998, de 26 de enero, F.J. 5 a)

<sup>485</sup> Ver apartado 2.1.1 de la parte primera de este trabajo: “Igualdad en la ley”.

### *a) Excepcionalidad y transitoriedad*

En primer lugar exige el Tribunal que las pruebas restringidas sean un medio adecuado para resolver una situación excepcional. En el caso enjuiciado la sentencia entiende que la creación de las nuevas Administraciones autonómicas y la necesidad de adscribir de manera inmediata funcionarios públicos a estas nuevas administraciones constituye en aquel momento una situación singular derivada de un proceso único e irrepetible que legitimaban la desigualdad de trato que suponían las oposiciones restringidas.<sup>486</sup>

Asimismo el Tribunal Constitucional exige que se trate de un medio excepcional, es decir, una solución transitoria o temporal. Esta excepcionalidad y transitoriedad se manifiesta en una estricta limitación del número de convocatorias en los procesos restringidos. En ese sentido la STC 27/1991 exige que dicho sistema de acceso restringido se utilice por una sola vez, prohibiendo expresamente su reiteración en el futuro.<sup>487</sup> Este criterio ha sido respetado por diversas leyes de función pública autonómicas que ha establecido procesos singulares de acceso a la función pública con referencias temporales expresas a “*por una sola vez*” o una “*única y exclusiva vez*”.<sup>488</sup> No

---

<sup>486</sup> STC 27/1991, de 14 de febrero, F.J 5 c): “En este sentido, debe tenerse en cuenta que las disposiciones impugnadas contemplan medidas de carácter transitorio y excepcional para resolver una situación singular y derivada de un proceso único e irrepetible de creación de una nueva forma de organización de las Administraciones Públicas a nivel autonómico que dio lugar a la necesidad de adscribir, de forma inmediata, a personal en régimen de Derecho administrativo, cuando ni existían plantillas de funcionarios ni había tiempo para poder acudir a las formas normales de ingreso en la Administración Pública como funcionario de carrera. Además, a esta situación se añadió la prohibición que establecía la Ley 30/1984 de celebrar contratos administrativos por las Administraciones Públicas, lo que requería también que el legislador adoptara medidas para solucionar los problemas coyunturales que esa importante modificación normativa producía en relación con situaciones personales.”

<sup>487</sup> STC 27/1991, de 14 de febrero, F.J 5 c): “El carácter excepcional de dicho sistema de acceso que, por una sola vez, ha de coexistir con el común de la convocatoria libre (procedimiento que, en lo sucesivo, habrá de utilizar la administración autonómica a fin de permitir el libre acceso de quienes no mantienen con ella relación alguna).”

<sup>488</sup> Como ejemplo la DT 3ª de La Ley 17/2002 ordenación del sistema de empleo y de creación del Servicio de Empleo de Cataluña que estableció “con carácter excepcional, transitorio y por una sola vez”, un proceso selectivo, en turno de reserva especial, por

obstante, esta exigencia no siempre se ha cumplido. De hecho la propia DT 9ª, ap. 2º, de la Ley 2/1987 de Función Pública de Canarias, objeto de enjuiciamiento por la STC 27/1991 establecía hasta un máximo de tres convocatorias.<sup>489</sup> Muy ilustrativa es en este sentido la STC 16/1998, de 26 de enero, en relación a un proceso selectivo de carácter restringido que derivaba de la Disposición transitoria sexta de la Ley 4/1993 de la Función Pública de Cantabria.<sup>490</sup> El Tribunal declaró inconstitucional ese proceso restringido al entender que no podía considerarse como un medio excepcional y, en consecuencia, que la diferencia de trato no era razonable. Según el Tribunal la Administración pública de Cantabria ya había procedido anteriormente a la normalización de los funcionarios interinos mediante pruebas restringidas y, por lo tanto, se vulneraba el requisito de la excepcionalidad.<sup>491</sup>

---

concurso-oposición, para acceder a la condición de funcionario o funcionaria de las distintas escalas y cuerpos de la Administración general establecidos por la Ley de la función pública de la Administración de la Generalidad.

<sup>489</sup> DT 9ª, 2º Ley de Canarias 2/1987: “El Consejo de Gobierno podrá convocar por un máximo de tres veces, pruebas específicas de acceso a la Función Pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, para el personal al que sea de aplicación lo previsto en el Decreto 201/1983, de 14 de abril, así como para el personal que, habiendo superado pruebas selectivas, haya adquirido la condición de contratado administrativo o de funcionario interino antes del día 22 de agosto de 1984. Asimismo, podrán concurrir a dichas pruebas el personal interino o contratado administrativamente por la Administración del Estado o la Administración Local con anterioridad a dicha fecha y que hubiera sido asumido por la Administración Autonómica de Canarias o transferido a la misma.”

<sup>490</sup> DT sexta Ley 4/1993, de 10 de marzo, de la función pública de Cantabria:

“El personal a que se refiere las disposiciones transitorias IV y IX de la Ley de Función Pública Regional, Ley 4/1986, y aquellos otros transferidos posteriormente a los que hubieran sido de aplicación éstas, que a la entrada en vigor de la presente Ley ostente la condición de interino y a los que no se les aplicaron las citadas disposiciones transitorias, podrán acceder a la condición de funcionario de carrera de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria previa realización de un proceso selectivo valorando, a estos efectos, los servicios efectivos prestados en su condición de interinos.”

<sup>491</sup> STC 16/1998, de 26 de enero, F.J. 5º c): “A la vista de lo expuesto, es claro que la situación excepcional que pudo crearse como consecuencia del proceso de creación de la Administración de esta Comunidad Autónoma ha sido ya abordada a través de diversas medidas en otras ocasiones. De ahí que la convocatoria en el año 1993 de unas pruebas con carácter restringido no puedan considerarse ya como «un medio excepcional» y, por ello, tampoco puede considerarse razonable la diferencia de trato

Es indudable, pues, la voluntad del Alto Tribunal de limitar el número de convocatorias de estos procedimientos restringidos pues la reiteración de estos procesos supondría una quiebra de la propia doctrina del Tribunal que considera estas pruebas como “un remedio excepcional”.

*b) Previsión en una norma de rango legal*

En segundo lugar el Tribunal Constitucional determina que estas pruebas restringidas tienen que estar expresamente previstas en una norma con rango de ley. Hay que recordar que es doctrina reiterada del Tribunal la reserva de ley en materia de acceso a la función pública, por lo que hay que estimar como constitucionalmente proscrita la posibilidad de que la Administración mediante la vía reglamentaria pueda establecer este tipo de pruebas restringidas.<sup>492</sup>

Un ejemplo de esa doctrina lo proporciona la reciente STC 111/2014 en relación a un proceso restringido de funcionarización derivado de la Ley Foral 19/2013 de Navarra. El Alto Tribunal declara inconstitucional el proceso al entender que en este caso se produce una patente deslegalización que sacrifica la reserva de ley, al abdicar el legislador de su facultad para establecer las reglas del proceso transfiriéndoselas al titular de la potestad reglamentaria.<sup>493</sup>

---

que establece la Administración al impedir participar en ese proceso selectivo a quienes no se encuentren en la situación prevista por la disposición transitoria sexta, párrafo 1.º, de la Ley 4/1993. Por lo que hay que concluir que al convocarse este proceso selectivo con carácter restringido se ha vulnerado el principio de igualdad que, en relación con el acceso a los cargos y Funciones Públicas, consagra el art. 23.2 de la Constitución Española.”

<sup>492</sup> STC 27/1991, F.J. 5 b)

<sup>493</sup> STC 111/2014, de 26 de junio, F.J. 4º: “Las habilitaciones o remisiones legales a la potestad reglamentaria deben, según nuestra doctrina allí expresada, restringir el ejercicio de dicha potestad “a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley”, criterio “contradicho con evidencia mediante cláusulas legales... en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad



*c) Finalidad constitucionalmente legítima*

Por último, el Alto Tribunal exige que este sistema excepcional de acceso tenga por objeto alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima. En este caso el Tribunal Constitucional entiende que, en el caso objeto de enjuiciamiento en la STC 27/1991, la finalidad de las oposiciones restringidas es “*atender a las expectativas de acceso a la función pública creadas por la necesidad de instaurar una nueva Administración autonómica y contribuir a la estabilidad y eficacia de la misma*” (F.J. 5 c). En suma, la finalidad constitucionalmente legítima que persigue la medida es la eficacia de la Administración pública, principio constitucional amparado por el art. 103.1 CE. Entiende de esta manera el Tribunal que la expulsión de estos trabajadores temporales mermaría gravemente el correcto funcionamiento de la Administración pública y que, por el contrario, su continuidad garantizaría la eficacia del servicio público.

Por todos estos razonamientos la Sentencia 27/1991 acaba desestimando la cuestión de inconstitucionalidad y validando las oposiciones restringidas objeto de análisis, si bien advirtiendo que este sistema “*en modo alguno ha de resultar generalizable o extensible a otros supuestos.*”<sup>494</sup>

---

al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir” (STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 5). A todas luces incurre en este vicio el art. 1 de la Ley Foral 19/2013, que contiene una patente deslegalización que sacrifica la reserva de ley y, por este solo motivo, debe ser declarado inconstitucional y nulo.”

<sup>494</sup> STC 27/1991, de 14 de febrero, F.J 5 c): “Es esta situación excepcional y transitoria la que, mediante la pertinente habilitación ilegal, puede justificar este sacrificio de la igualdad de trato, a través del reconocimiento de una situación diferenciada que, por las circunstancias del caso y por los intereses en juego, cabe considerar compatible con el art. 23 C.E., aunque desde luego en modo alguno ha de resultar generalizable o extensible a otros supuestos. Mediante tales disposiciones lo que se persigue exclusivamente es atender a las expectativas de acceso a la función pública creadas por la necesidad de instaurar una nueva Administración autonómica y contribuir a la estabilidad y eficacia de la misma.

El carácter excepcional de dicho sistema de acceso que, por una sola vez, ha de

Ahora bien, a nuestro juicio, y de acuerdo con la doctrina que ha analizado esta sentencia,<sup>495</sup> la argumentación del Tribunal Constitucional sobre la finalidad de la medida resulta claramente insuficiente, pues no parece tan clara la relación entre una medida que persigue la integración en la función pública de personas ya vinculadas con la Administración mediante una relación temporal y una mayor eficacia de la Administración pública, principio recogido en el art. 103.1 CE. Y aún menos clara parece la proporcionalidad de la medida, en el sentido de que la finalidad constitucional que se persigue (una mayor eficacia de la Administración por la necesidad de instaurar una nueva Administración autonómica) no pueda alcanzarse con otras medidas menos lesivas para un derecho fundamental como el consagrado en el art. 23.2 CE. A nuestro juicio resulta evidente que la finalidad de la medida persigue, no tanto la mayor eficacia de la Administración pública, sino, como dice la propia sentencia, “*atender a las expectativas de acceso a la función pública*” de un determinado colectivo. Estamos, en suma, ante un criterio de oportunidad política no suficientemente anclado en un valor constitucionalmente protegido.<sup>496</sup>

---

coexistir con el común de la convocatoria libre (procedimiento que, en lo sucesivo, habrá de utilizar la Administración autonómica a fin de permitir el libre acceso de quienes no mantienen con ella relación alguna) ha de llevarnos a declarar que las disposiciones legales cuestionadas, al ser proporcionadas con los fines legítimos enunciados, no han ocasionado vulneración alguna del art. 23.2 C.E.”

<sup>495</sup> J.M. ALEGRE ÁVILA en “De nuevo sobre los principios de igualdad mérito y capacidad en el acceso a la función pública...” cit. en nº 454, pág. 266: “...por lo que se refiere al condicionante teleológico de la medida adoptada (la persecución de un fin constitucionalmente legítimo, cifrado en el principio u objetivo de la eficacia), resulte insatisfactoria la parca argumentación ofrecida, limitada a imbricar genéricamente el sistema de pruebas específicas en la economía del art. 103.1 de la Constitución, y, más en concreto, del principio de eficacia a que actúa sometida la Administración Pública.”

<sup>496</sup> J.M. ALEGRE ÁVILA en “De nuevo sobre los principios de igualdad mérito y capacidad en el acceso a la función pública...” cit. en nº 454, pág. 266: “En realidad, y salvo concluyente demostración en el sentido de que la plena integración en la función pública de las personas previamente vinculadas a la Administración mediante una relación de empleo precario contribuye a una mayor eficacia de la Administración,..... demostración que parece darse por supuesta, la justificación de la excepcionalidad de las pruebas restringidas opera en un nivel infraconstitucional, localizado en la valoración de oportunidad efectuada por el legislador acerca de la conveniencia de primar a determinadas categorías de personal a fin de facilitar su plena integración en la función pública, justamente en atención a la excepcionalidad

En esta línea parece decantarse la doctrina más reciente del Tribunal Constitucional que establece unos criterios más restrictivos que los fijados en las primeras sentencias que enjuiciaron estos sistemas selectivos restringidos. En concreto es de gran interés la STC 130/2009, de 1 de junio, en relación a la Disposición adicional primera, apartado I, de la Ley Foral 11/2004, que actualiza el régimen local de Navarra y que prevé un proceso restringido de acceso a la función pública.<sup>497</sup> La finalidad perseguida por la norma recurrida no era otra que la reorganización del mapa municipal navarro con la consiguiente reestructuración de puestos de trabajo, es decir, una mayor eficacia de la Administración pública. En este caso, sin embargo, el Tribunal entiende que *“la ablación del derecho fundamental no está justificada ni es proporcional a la finalidad perseguida, pues la misma podría conseguirse sin restringir, hasta hacerlo desaparecer, el derecho de los potenciales aspirantes”* (F.J 5) Asimismo entiende la sentencia que no resulta acreditado, ni es por sí mismo evidente, que la eficacia de la Administración y la satisfacción del interés local, justifiquen la limitación del derecho a la igualdad en el acceso a la función pública mediante unas pruebas restringidas.<sup>498</sup>

---

que el personal de empleo precario representa en la estructura de aquella función pública.” En la misma línea, J. MARTÍN CUBAS, *La democracia y el Tribunal Constitucional*, Valencia: Alfons el magnanim: 1996, pág. 230.

<sup>497</sup> Disposición adicional primera, apartado I, de la Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre:

“Con carácter previo a la provisión de puestos de las vacantes que se convoquen se llevará a cabo el proceso para la obtención de la habilitación concedida por la Administración de la Comunidad Foral para acceder a la condición de Secretario o Interventor de las entidades locales de Navarra, mediante la superación de pruebas selectivas de concurso-oposición realizadas con sujeción a los programas y baremos de méritos que se determinen por el Gobierno de Navarra, y de los cursos de formación que a tal efecto se organicen por el Instituto Navarro de Administración Pública, restringidos a quienes, en el momento de publicación de la convocatoria para obtener la citada habilitación, vinieren ocupando plaza en interinidad por un período ininterrumpido de al menos un año o de forma discontinua de hasta dos años durante los cuatro precedentes a la convocatoria mencionada, y que estuviesen en posesión de los títulos académicos exigidos en la Ley Foral de la Administración Local de Navarra.”

<sup>498</sup> STC 130/2009, de 1 de junio, F.J. 5: “Además tampoco resulta acreditado, ni es por sí mismo evidente, que la eficacia de la Administración y la satisfacción del interés local, como respecto a este último se afirma en la exposición de motivos de la Ley,

### **2.3 Las pruebas de selección restringidas en el ámbito docente**

En el ámbito estrictamente docente, las oposiciones restringidas han estado plenamente vigentes en España durante muchos años. Como hemos señalado en un apartado anterior, el Real Decreto-Ley 22/1977, de 30 de marzo, de reforma de la legislación sobre funcionarios de la Administración Civil del Estado y Personal Militar de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, implantó un sistema excepcional de acceso en el que se reservaba un porcentaje determinado de las vacantes existentes para su provisión entre funcionarios interinos. En concreto la Disposición adicional quinta, apartado dos, estableció que durante un periodo de cinco años en las convocatorias de acceso a la función pública podrían reservarse un porcentaje determinado de las vacantes existentes para su provisión entre funcionarios interinos y personal contratado de colaboración temporal que prestasen servicios a la entrada en vigor del Decreto Ley y que continuaran prestándolos al publicarse la convocatoria.

A raíz de esta norma comenzaron a publicarse con carácter inmediato convocatorias de concurso-oposición para los distintos cuerpos docentes que incluían un turno libre y un turno restringido para este tipo de personal. Así, en diciembre de 1977 se convocó concurso-oposición para el acceso al cuerpo de Profesores Numerarios de Escuelas de Maestría Industrial, que reservaba en el turno restringido para funcionarios y personal contratado un total de 1.215 plazas<sup>499</sup>. En febrero de 1978 se convocaron igualmente procesos

---

justifiquen la limitación que al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública supone en este caso la convocatoria restringida prevista en la disposición legal cuestionada, pues, aun siendo cierto que, conforme a nuestra doctrina, el tiempo efectivo de servicios prestados puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar un empleo público tal apreciación no puede ser entendida de forma tal que se haga imposible el acceso de otras personas a dichos empleos.

<sup>499</sup> Orden de 23 de diciembre de 1977 del Ministerio de Educación y Ciencia por la que se convocan concurso-oposición restringido y concurso para el acceso al Cuerpo de Profesores Numerarios de Escuelas de Maestría Industrial. (BOE de 31.12.1977)

selectivos para los cuerpos de Profesores de Educación General Básica y de Profesores Agregados de Bachillerato con un total de 12.000 plazas reservadas para los turnos restringidos.<sup>500</sup> A partir de este momento todos los años se convocaron procesos selectivos restringidos mediante los cuales accedieron a la función pública decenas de miles de interinos.

Si bien inicialmente este sistema estaba previsto para un periodo transitorio de cinco años, las oposiciones restringidas para el acceso a la función docente continuaron plenamente vigentes hasta bien entrados los años ochenta, mediante diversos Reales Decretos Leyes que prorrogaron dicha posibilidad. El último de ellos fue el Real Decreto Ley 4/1983, de 4 de agosto, de medidas urgentes para el comienzo del curso 1983/1984<sup>501</sup>, que autorizó durante tres años más la reserva de un porcentaje determinado de plazas para los funcionarios interinos. Así, en el año 1986 todavía funcionó este procedimiento excepcional de acceso a la función docente con 485 plazas reservadas a internos para el acceso al Cuerpo de Profesores de Educación General Básica.

## **2.4 Excepcionalidad y transitoriedad en las pruebas restringidas docentes**

Como hemos relatado en el apartado anterior si bien la limitación temporal para este tipo de pruebas selectivas era de cinco años, los concursos-oposición restringidos para el acceso a los distintos cuerpos

---

<sup>500</sup> Mediante sendas Órdenes del Ministerio de Educación y Ciencia de 21 de febrero de 1978 (BOE de 23.2.1978)

<sup>501</sup> Real Decreto Ley 4/1983, de 4 de agosto. Disposición Transitoria: “Durante un plazo de tres años a partir de la publicación de este Real Decreto-ley, las convocatorias para el ingreso en los cuerpos docentes del Ministerio de educación y Ciencia podrán reservar un porcentaje determinado de las plazas convocadas para su provisión entre sus funcionarios interinos de los Cuerpos docentes correspondientes o contratados de colaboración temporal con funciones similares a los anteriores, siempre que hayan prestado servicios en Centros públicos en el curso 1982-83 y continúen prestándolos en el momento de publicación de cada convocatoria.”

docentes se prolongaron durante diez años. Es decir, que durante este dilatado periodo decenas de miles de funcionarios interinos adquirieron la condición de funcionarios de carrera.

Como hemos visto, la doctrina del Tribunal Constitucional exigió claramente una limitación en el número de convocatorias de las pruebas con turnos restringidos. De hecho, la STC 27/1991 determinó que, por la excepcionalidad de dicho sistema de acceso restringido, éste se utilizara una sola vez, prohibiendo expresamente su reiteración en el futuro.<sup>502</sup>

Resulta pues palmario que dicho mandato constitucional no ha sido cumplido en el acceso a la función pública docente en la que, como ya se ha señalado, durante muchos años se han reiterado este tipo de convocatorias. Esa repetición pone en duda igualmente la finalidad constitucionalmente legítima de la medida, pues no parece razonable ni proporcionado que sea necesaria tal medida para resolver un problema, la organización de los recursos humanos de la Administración pública, que lejos de suponer una situación coyuntural, parece haberse convertido en un mal endémico generado por un funcionamiento inadecuado de la propia Administración.<sup>503</sup>

---

<sup>502</sup> STC 27/1991, de 14 de febrero, F.J. 5º: “El carácter excepcional de dicho sistema de acceso que, por una sola vez, ha de coexistir con el común de la convocatoria libre.”

<sup>503</sup> G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Estado del bienestar, Administración y Función Pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* nº 3, 1992, pág. 30: “Y proceso, igualmente, de progresiva carencia y pérdida de objetividad tanto en el acceso como en la promoción profesional, a pesar de los esfuerzos de la Jurisprudencia constitucional y de la del Tribunal Supremo, para que el principio de igualdad, de acuerdo con el mérito y la capacidad, sea efectivo. Esfuerzo éstos ciertamente notables, pero de todo punto insuficientes por sí solos para poner freno a esa dinámica tan extendida y generalizada, que necesita no sólo de reglas jurídicas, sino también de un clima político y social que valore en su justa medida la importancia y trascendencia de contar con una Función Pública ajustada a las necesidades reales de nuestras Administraciones Públicas y al cumplimiento objetivo por éstas de los fines que constitucionalmente le son encomendados.”

### **3 PROCESOS DE FUNCIONARIZACIÓN DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

El término funcionarización ha sido tradicionalmente empleado por la doctrina para designar determinados procesos selectivos *ad hoc*, que tienen por objeto transformar personal laboral al servicio de las Administraciones públicas en funcionarios de carrera mediante pruebas o turnos específicos.<sup>504</sup> Se trata, pues, de una suerte de pruebas restringidas a las que sólo tienen acceso determinado personal laboral adscrito a una concreta Administración pública. Desde la aprobación en el año 1988 de la modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, de la que derivan, como veremos, estos sistemas de acceso a la función pública, han sido innumerables los procesos de funcionarización que se han desarrollado en las distintas Administraciones públicas y que han afectado a miles de trabajadores laborales que se han convertido en funcionarios públicos. La función pública docente no ha sido ni muchos menos ajena a estos procesos singulares de acceso a la función pública que, dada su indudable influencia en el derecho consagrado en el art 23.2 CE. han de ser objeto de estudio en este trabajo.

#### **3.1 Régimen normativo de los procesos de funcionarización**

La STC 99/1987, que declara inconstitucionales diversos artículos de la LMRFP de 1984, determina que la Constitución en su art. 103.3 ha optado con carácter general por el régimen estatutario funcional

---

<sup>504</sup> Si bien el término funcionarización no viene recogido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, ha sido frecuentemente utilizado por la doctrina que se ha ocupado de estos temas. Entre otros M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas: la constitucionalidad de la medida y la limitación de los sujetos”, en VV.AA, *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas, Vol. I*, Informes y Estudios MTAS: Madrid, 2001. J.R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, cit. en nº 241, pág. 487. Igualmente la jurisprudencia ha empleado esta expresión en diversas ocasiones como en la STC 31/2006, de 1 de febrero.

para los empleados públicos, debiendo ser una ley la que establezca en qué casos y con qué condiciones son posibles otras fórmulas de acceso al empleo público.<sup>505</sup>

Consecuencia de la Sentencia anterior, la Ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, estableció en su art. 15.1 c<sup>506</sup> que, salvo determinadas excepciones contempladas expresamente en su articulado, los puestos de trabajo de la Administración del Estado sean desempeñados por funcionarios públicos. En consonancia con lo estipulado en el art. 15.1.c, la Ley 23/1988 incorporó a la originaria LMRFP la Disposición Transitoria decimoquinta que estableció lo siguiente:

“El personal laboral fijo que, a la entrada en vigor de la presente Ley, se hallare prestando servicios en la Administración del Estado y sus Organismos Autónomos, así como en las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en puestos reservados a funcionarios, podrá participar en las pruebas selectivas de acceso a los Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos los correspondientes puestos, siempre que posean la titulación necesaria y reúnan los restantes requisitos exigidos, debiendo valorarse a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados en su condición de laboral, y las pruebas selectivas superadas para acceder a la misma.”

Esta Disposición Transitoria fue, a su vez, complementada por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de los años 1989, 1990 y 1991<sup>507</sup>, que desarrollaron los procesos de funcionarización. En concreto el art. 37 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre de

---

<sup>505</sup> STC 99/1987, de 11 de junio, F.J. 3 c y 3 d.

<sup>506</sup> Art 15.1 c) LMRFP: “Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos, así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos.

<sup>507</sup> En concreto el art 39 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, el art. 33 de la Ley 4/1990, de 29 de junio y los arts. 32 y 37 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre.



Presupuestos Generales del Estado, creo por primera vez un turno específico para el personal afectado por la Disposición Transitoria decimoquinta, esto es, para el personal laboral fijo que estuviera prestando servicios en puestos reservados a funcionarios.<sup>508</sup> Este fue el inicio de los procesos de funcionarización que no se han limitado al ámbito de la Administración central, sino que se han desarrollado en todas las Administraciones autonómicas. En algunos casos las Comunidades autónomas han introducido en sus leyes de función pública Disposiciones adicionales y transitorias que contemplan estos singulares sistemas de funcionarización.<sup>509</sup> En otros casos las Administraciones autonómicas han optado por aprobar normas específicas independientes para regular estos procesos.<sup>510</sup>

---

<sup>508</sup> Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991:

Art. 37 Funcionarización del personal laboral

Uno. Las pruebas selectivas de acceso a los Cuerpos, Escalas o Especialidades. a que se adscriban las plazas correspondientes a puestos servidos por personal laboral y clasificados como propios de personal funcionario, podrán incluir un turno que se denominará de «Plazas afectadas por el artículo 15 de la Ley de Medidas», en el que podrá participar el personal afectado por lo establecido en la disposición transitoria 15 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, adicionada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, en los artículos 39 y 33 de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 1989 y 1990, respectivamente, y en el artículo 32 de la presente Ley.

Dos. El personal laboral que supere las pruebas selectivas de acceso quedará destinado en el puesto de trabajo de personal funcionario en que su puesto se haya reconvertido y deberá permanecer en el mismo durante un plazo mínimo de dos años, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 20.uno f), de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

<sup>509</sup> Como ejemplos las Disposiciones transitorias 10ª y 12ª del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública; Disposición Adicional 13ª del Decreto legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia; Disposición transitoria 2ª de la Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja.

<sup>510</sup> Así la Ley 1/1996, de 26 de abril, de adaptación del régimen jurídico del personal de la Generalitat Valenciana a los puestos que ocupa. Más recientemente la Ley Foral 19/2013, de 29 de mayo, por la que se autoriza la apertura de un nuevo proceso de funcionarización de las Administraciones públicas de Navarra.

Este sistema excepcional de acceso, lejos de ser un recurso transitorio y temporal, ha sido utilizado en innumerables ocasiones por las Administraciones públicas afectando a un número muy importante de empleados públicos. Buena prueba de ello es que, a pesar de los años transcurridos, tanto la legislación del Estado, como las Comunidades autónomas siguen desarrollando procesos de esta naturaleza. Un ejemplo ilustrativo nos lo proporciona el EBEP, aprobado por la Ley 7/2007, que en su Disposición transitoria segunda dio carta de naturaleza a un nuevo proceso de funcionarización.<sup>511</sup> En el ámbito autonómico nos encontramos con la reciente Ley Foral 19/2013, de 29 de mayo, por la que se autoriza la apertura de un nuevo proceso de funcionarización de las Administraciones públicas de Navarra

### **3.2 La funcionarización en el ámbito de la enseñanza no universitaria**

La enseñanza no universitaria no ha sido ajena a los procesos de funcionarización del personal laboral. Al amparo de la Ley 23/1988 y de su normativa de desarrollo<sup>512</sup>, tanto el Ministerio de Educación como la

---

<sup>511</sup> EBEP, Disposición Transitoria Segunda *Personal Laboral fijo que desempeña funciones o puestos clasificados como propios de personal funcionario*

“El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos.

Asimismo, podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición.”

<sup>512</sup> En concreto el art. 37 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 que establecía que “las pruebas selectivas de acceso a los Cuerpos, Escalas o Especialidades. a que se adscriban las plazas correspondientes a puestos servidos por personal laboral y clasificados como propios de personal funcionario, podrán incluir un turno que se denominará de «Plazas afectadas por

mayor parte de la Comunidades autónomas convocaron pruebas selectivas mediante un turno especial de “plazas afectadas por el artículo 15 de la Ley de Medidas”. Estas convocatorias, que se prolongaron en el tiempo durante años, afectaron a los distintos cuerpos docentes y supusieron el acceso a la función pública de cientos de docentes laborales.<sup>513</sup>.

Al margen de la normativa general de función pública, las leyes estrictamente educativas contemplaron diferentes procesos de funcionarización del personal laboral. Así, la LOGSE estableció en su Disposición transitoria sexta la posibilidad de que los Parlamentos de Cataluña y del País Vasco regularan el ingreso en la función pública, mediante pruebas selectivas específicas, de determinado personal laboral docente.<sup>514</sup> En concreto dicha posibilidad se reservaba al

---

el artículo 15 de la Ley de Medidas», en el que podrá participar el personal afectado por lo establecido en la disposición transitoria 15 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.”

<sup>513</sup> En el ámbito de gestión del Ministerio de Educación podemos citar como ejemplos dos Ordenes de 15 de junio de 1992, por las que se convocan pruebas selectivas para ingresar en el cuerpo de Maestros por un lado y en el Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional por otro, en plazas afectas por el artículo 15 de la Ley de Medidas (BOE 15.7.1992). Años después, igualmente en el ámbito del Ministerio de Educación la Orden de 11 de mayo de 1999, convoca procedimiento selectivo, turno de plazas afectas por el artículo 15 de la Ley de medidas, para el ingreso en el Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional (BOE 28.5.1999). En el ámbito de gestión de las Comunidades Autónomas podemos citar como ejemplos la orden de 22 de mayo de 2001 de la Consellería de Cultura y Educación de la Comunidad Valenciana (DOGV 16.7.2001) para el cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional y la Orden de 5 de marzo de 2003 de la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria (DOG 14.3.2003) para el cuerpo de Profesores de Música y Artes Escénicas.

<sup>514</sup> LOGSE. Disposición Transitoria sexta:

El personal docente al servicio de los centros que, de acuerdo con los procesos previstos en la Ley 14/1983, de 14 de julio del Parlamento de Cataluña y en la Ley 10/1988, de 29 de junio, del Parlamento Vasco, se integre o se hubiera integra públicos dependientes de las respectivas Administraciones educativas, podrá ingresar en la Función pública docente mediante pruebas selectivas específicas convocadas por las Administraciones educativas competentes, previa regulación de sus respectivos Parlamentos.

2. Al personal que al amparo de lo previsto en el apartado anterior adquiera la condición de funcionario docente le serán reconocidos la totalidad de los servicios prestados en el centro docente integrado en la red pública.

personal docente que, proveniente de centros privados, se había integrado en la red de centros públicos de dichas Comunidades autónomas para el fomento de la enseñanza en el idioma propia de la Comunidad.<sup>515</sup>

Años más tarde la vigente LOE, a través de una nueva Disposición transitoria<sup>516</sup>, estableció la posibilidad de acceder a los cuerpos docentes al personal laboral fijo que, proveniente de cualquier otra Administración pública, se hubieren incorporado a la red de centros dependientes de la Administración educativa. Esta posibilidad, que la LOE limita a un periodo de tres años, remite a los respectivos parlamentos autonómicos la regulación de dichas pruebas específicas que en todo caso deben respetar los principios de mérito y capacidad y la normativa estatal. Al amparo de la Disposición transitoria de la LOE, las Comunidades autónomas regularon a través de diferentes leyes nuevos procesos de funcionarización de personal laboral docente.<sup>517</sup>

---

3. Los procedimientos de ingresos referidos en esta disposición sólo serán de aplicación durante un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor de la presente Ley

<sup>515</sup> Esa integración se produjo mediante la Ley 14/1983, de 14 de julio de la Generalitat de Cataluña, reguladora del proceso de integración en la red de centros docente públicos de diversas escuela privadas y mediante la Ley 10/1988, de 29 de junio, del Parlamento Vasco, para la confluencia de las Ikastolas y la escuela pública vasca.

<sup>516</sup> LOE. Disposición transitoria quinta. *Personal laboral fijo de centros dependientes de Administraciones no autonómicas.*

1. Cuando se hayan incorporado, con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, o se incorporen durante los tres primeros años de su aplicación, centros previamente dependientes de cualquier Administración Pública a las redes de centros docentes dependientes de las Administraciones educativas, el personal laboral que fuera fijo en el momento de la integración y realice funciones docentes en dichos centros, podrá acceder a los cuerpos docentes regulados en esta Ley, previa superación de las correspondientes pruebas selectivas convocadas a tal efecto por los respectivos Gobiernos de las Comunidades Autónomas. Dichas pruebas deberán garantizar, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, en la forma que determinen los Parlamentos autonómicos, debiendo respetarse, en todo caso, lo establecido en la normativa básica del Estado.

2. Los procedimientos de ingreso a que hace referencia esta disposición sólo serán de aplicación en el plazo de tres años.

<sup>517</sup> Así se contempla, entre otras, en la Disposición transitoria quinta de la Ley 17/2007, de 20 de diciembre de Andalucía; Ley 1/2009, de 8 de Mayo del principado

Fruto de ello fueron numerosas convocatorias de ingreso en la función pública mediante turnos especiales para diferentes cuerpos docentes y especialidades docentes.<sup>518</sup>

### **3.3 Naturaleza jurídica de la funcionarización**

Antes de analizar los procesos de funcionarización bajo el prisma del derecho consagrado en el art. 23.2 CE y de los principios constitucionales de mérito y capacidad que le son inherentes, cabe preguntarse cuál es la auténtica naturaleza jurídica de estos procesos de transformación del personal laboral en funcionarios públicos.

En un sentido amplio no hay duda, como señala la doctrina,<sup>519</sup> de que podemos calificar la funcionarización como un proceso restringido pues no estamos ante unas pruebas a las que pueden concurrir

---

de Asturias, por la que se regula la incorporación del personal laboral fijo de carácter docente a los cuerpos de funcionarios docentes; Art. 45 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; Disposición adicional octava de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León; Disposición transitoria tercera de la Ley 14/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia.

<sup>518</sup> Orden de 20 de febrero de 2008 de la Consejería de Educación de Andalucía para profesores de enseñanza secundaria y técnicos de formación profesional; Orden de 15 de abril de 2009 de la Consejería de Educación de Andalucía para profesores de enseñanza secundaria; Resolución de 18 de mayo de 2009 de la Consejería de Administraciones públicas del principado de Asturias para el personal laboral fijo del Centro de Formación Profesional Náutico-Pesquero; Resolución de 3 de marzo de 2009, de la Consejería de Educación y Cultura de Baleares para la especialidad de navegación e instalaciones marinas; Orden EDU/1092/2009 de 18 de mayo de la Consejería de educación de Castilla y León, para profesores de música y artes escénicas; Orden de 4 de mayo de 2007, de la Consellería de educación y Ordenación Universitaria de Galicia para profesores de enseñanza secundaria y técnicos de formación profesional; Resolución de 22 de febrero de 2007 de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid para profesores de enseñanza secundaria, técnicos de formación profesional maestros y profesores de música y artes escénicas; Orden de 24 de abril de la Consejería de Educación, Formación y Empleo de Murcia, para el personal de educación permanente de personas adultas.

<sup>519</sup> Como proceso selectivo restringido lo califica X. BOLTAINA BOSCH, quien ha estudiado en profundidad la funcionarización del personal laboral, en “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: Algunas reflexiones tras el estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista del centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional*, n° 14, 2012, pág. 10. En la misma línea M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas...”, cit. en n° 504.

libremente todos los ciudadanos que cumplan los requisitos generales de acceso. Estamos ante procesos que la propia convocatoria reserva a un colectivo previamente determinado, el personal laboral fijo que esté ocupando determinadas plazas en la Administración pública. La utilización de la expresión *turnos específicos de acceso* por la legislación que ha regulado estos procesos confirma el carácter restringido de los mismos.

Ahora bien, no podemos desconocer las enormes diferencias que presentan los sistemas de funcionarización respecto a las pruebas restringidas de acceso a la función pública reservadas para los funcionarios interinos o contratados temporales al servicio de la Administración. La primera e importante diferencia estriba en que la funcionarización afecta a personal laboral fijo que, como veremos más adelante, tiene con la Administración pública una vinculación jurídica permanente. Ello implica que, a diferencia de los funcionarios interinos, este personal ha tenido que superar un proceso selectivo de ingreso en la Administración presidido, al menos formalmente, por los principios de mérito y capacidad. Consecuencia de ello es que la normativa que regula estos procesos contempla la permanencia en el puesto de trabajo de aquellos que no superen las pruebas selectivas.<sup>520</sup> Por tanto, estos sistemas de funcionarización no limitan el acceso de otros ciudadanos pues el personal laboral candidato no va a ser desalojado de la plaza a la que accedió en su día mediante pruebas selectivas competitivas. El personal laboral afectado por estos procesos tiene, pues, una auténtica reserva de plaza, lo que nos lleva a considerar que no estamos exactamente ante un proceso selectivo de ingreso *ex novo* en la función

---

<sup>520</sup> D.T 15 LMRFP: “La adscripción de un puesto de trabajo en las correspondientes relaciones a personal funcionario no implicará el cese del laboral que lo viniera desempeñando, que podrá permanecer en el mismo sin menoscabo de sus expectativas de promoción profesional.”

Art. 39.1 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre de presupuestos Generales del estado para 1989: “el personal que no supere dichas pruebas podrá permanecer en el puesto de trabajo que desempeñe, sin menoscabo de sus expectativas de promoción profesional.”

pública, como en el caso de las pruebas restringidas para funcionarios interinos.

Tampoco podemos considerar la funcionarización como una medida de discriminación positiva, al estilo de los turnos de reserva de plazas para minusválidos. Parece evidente que el personal laboral fijo de la Administración no encaja dentro del conjunto de colectivos a los que, tanto la Constitución como sus leyes de desarrollo, otorgan una especial protección para compensar por vía de acciones positivas las desventajas que les afectan por razón de origen racial, religión, discapacidad, etc.<sup>521</sup>

Podríamos entender, en consecuencia, que estamos ante un proceso singular de promoción profesional. Se trata de un proceso de promoción en el sentido de que la participación es voluntaria y, normalmente, el personal laboral fijo participa en el mismo al entender que va a ver mejorada su situación laboral. Se trata sin duda de un procedimiento singular pues, en suma, lo que se realiza es un cambio del status jurídico del empleado público que pasa de laboral fijo a funcionario, pero continúa desempeñando el mismo puesto y funciones que venía realizando. Podríamos en resumen concluir que, siguiendo la expresión utilizada por el profesor SANCHEZ MORÓN, la funcionarización consiste en un proceso de *promoción cruzada*.<sup>522</sup>

---

<sup>521</sup> Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Artículo 35. Medidas de acción positiva.

“Para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección.”

<sup>522</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN, “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, cit. en nº 185, pág. 408: “Un supuesto singular de promoción interna es el que contempla la disposición transitoria segunda, que se refiere al acceso a la condición de funcionario del personal laboral que, a la entrada en vigor del EBEP, esté desempeñando funciones de funcionario o pase a desempeñarlas en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de esa fecha. Es el supuesto que suele denominarse de funcionarización o, si se prefiere, de *promoción cruzada*. Para estas situaciones pasadas, sólo para ellas, se permite la organización de procesos selectivos de acceso a la función pública por el sistema de concurso-oposición, valorándose como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a tal condición. Esos procesos selectivos pueden ser

### **3.4 Igualdad, mérito y capacidad en los procesos de funcionarización**

La funcionarización, en tanto proceso singular y excepcional de acceso a la función pública reservado al personal laboral fijo, ha de ser objeto de análisis bajo el prisma del derecho consagrado en el art. 23.2 CE y de los principios constitucionales de mérito y capacidad. Además los procesos de funcionarización conllevan el reconocimiento de la estabilidad en el empleo del personal laboral fijo, por lo que las plazas no cubiertas no son acumulables a las de los turnos libres vedándose el acceso al resto de los ciudadanos. Por ello la jurisprudencia ha exigido que estos procesos singulares pasen el mismo filtro de constitucionalidad que otros sistemas excepcionales de acceso.<sup>523</sup>

#### ***3.4.1 Excepcionalidad y finalidad constitucionalmente legítima***

La doctrina reiterada del Alto Tribunal cuando analiza sistemas extraordinarios de acceso a la función pública es que ha de tratarse de un remedio excepcional a una situación también excepcional, con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima.<sup>524</sup>

Como hemos analizado en un apartado anterior, los procesos de funcionarización tienen su origen en la STC 99/1987 en la que se determina la regla general del carácter funcional de los empleados públicos. De esta sentencia derivó la Ley 23/1988, que modificó la originaria LMRFP, y que determinó qué puestos de trabajo en la

---

organizados de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, lo que significa que podrían organizarse por turno restringido.”

<sup>523</sup> Como ejemplo la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 3767/1996, de 20 de junio, analiza en su fundamento de derecho cuarto la constitucionalidad del art 37.1 de la Ley de PGE en la que se instaura el turno de funcionarización, a la luz de los criterios sentados por el TC en la STC 27/1991 ya analizada dictada para los supuestos de pruebas restringidas reservadas para funcionarios interinos.

<sup>524</sup> Entre otras la STC 12/1999, de 11 de febrero, F.J. 3°.



Administración pública podían ser desempeñados por personal laboral como excepción a la regla general de reserva para funcionarios públicos. La anterior situación supuso que un número importante de puestos en la Administración que debían ser ocupados por funcionarios públicos estaban siendo desempeñados por personal laboral fijo. Para resolver este problema, la Ley 23/1988 puso en marcha los procesos de funcionarización que la jurisprudencia ha avalado en diversas ocasiones. Parece, pues, evidente que concurre una circunstancia excepcional cual es la necesidad de dar solución a un colectivo singular, el del personal laboral fijo, que venía desempeñando puestos de trabajo reservados a funcionarios públicos. No hay que olvidar que, como señala el Tribunal Supremo, este personal tenía una estabilidad en el empleo que tuvo que ser respetada por el legislador.<sup>525</sup> El proceso restringido de funcionarización fue el remedio excepcional a esa situación excepcional con una finalidad constitucionalmente legítima, pues *“si las pruebas se hubieran convocado por turno libre, hubiera sido posible que accediera desde fuera un nuevo funcionario para ocupar una plaza que ya tenía titular, con la consiguiente extralimitación de límites presupuestarios para una misma plaza.”*<sup>526</sup>

Ahora bien, la excepcionalidad va unida a la transitoriedad en el sentido de que estos procesos han de tener una delimitación temporal claramente definida o, dicho de otra manera, ha de limitarse el número de convocatorias de los procesos de funcionarización. Claro está que

---

<sup>525</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 3767/1996, de 20 de junio, F.D. cuarto: “Pues bien, esas características de excepcionalidad, con fines legítimos, concurrían en el caso presente, en el que el legislador se encontró ante la necesidad de dar solución a un colectivo singular: el de determinado personal laboral fijo, caracterizado por venir desempeñando puestos de trabajo, reservados a funcionarios, a la entrada en vigor de la Ley 23/1988, para el que esa misma Ley arbitra un procedimiento excepcional y de carácter voluntario a fin de posibilitar que la naturaleza jurídica de su relación de servicios con la Administración, se adecue a la naturaleza funcional del puesto que sirven, sin olvidar, por otro lado, que ese personal laboral, de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores, tenía absoluta estabilidad en el empleo, circunstancia ésta que tuvo en cuenta la citada Disposición Transitoria Decimoquinta (apartado 1.º), al disponer que la adscripción de estos puestos servidos por personal laboral a personal funcionario «no implicará el cese del laboral que lo viniera desempeñando”.

<sup>526</sup> la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 3767/1996, de 20 de junio.

esta transitoriedad ha de aplicarse en relación al concreto cuerpo o escala que se convoca. Si bien es cierto que las distintas leyes que han regulado estos procesos singulares han establecido una estricta limitación en el número de convocatorias<sup>527</sup>, no es menos cierto que los procedimientos de funcionarización se han prolongado indefinidamente en el tiempo desde su etapa original hasta hoy, convirtiéndose en una práctica común en todos los ámbitos administrativos.

En el sector de la enseñanza no universitaria podemos encontrar procesos de funcionarización de manera prácticamente ininterrumpida desde los primeros años de la década de los noventa hasta hoy, bien en el ámbito del Ministerio de Educación, bien en el de las Comunidades autónomas con competencias transferidas. Buena prueba de ello es que las primeras convocatorias del Ministerio de Educación podemos encontrarlas en el año 1992<sup>528</sup>, y en el año 2009 varias Comunidades autónomas convocaron este tipo de pruebas para distintas especialidades docentes.<sup>529</sup>

Cierto es que en la enseñanza no universitaria a los distintos cuerpos funcionariales existentes hay que sumar las múltiples especialidades en que se divide cada uno de ellos, aspecto que ha de tenerse en cuenta pues el acceso a la función pública se hace por especialidades. Sin embargo, no resulta difícil encontrar sucesivas convocatorias de funcionarización para una misma especialidad

---

<sup>527</sup> Como ejemplos la DT 2ª de la LFP de Cantabria que prevé pruebas por una “*única y exclusiva vez*”; la DT 2ª.3 de la LFP de la Rioja de 1990 e igualmente la DT 6ª de la Ley 4/1991 de la LFP de Asturias contemplan pruebas selectivas excepcionales “*por una sola vez*”; DT 3ª de la Ley 17/2002 de creación del Servicio de Empleo de Cataluña que instaura un proceso selectivo “*excepcional, transitorio y por una sola vez*”.

<sup>528</sup> Orden de 15 de junio de 1992 por la que se convoca procedimiento selectivo, turno “*plazas afectadas por el artículo 15 de la Ley de Medidas*”, para ingreso en plazas situadas dentro del ámbito de gestión del Departamento correspondiente al Cuerpo de profesores Técnicos de Formación Profesional.

<sup>529</sup> Orden de 24 de abril de 2009, de la Consejería de Educación Formación y Empleo de Murcia; Orden de 15 de abril de 2009 de la Consejería de Educación de Andalucía; Orden EDU/1092/2009 de 18 de mayo de la Consejería de Educación de Castilla y León; Resolución de 18 de mayo de 2009 de la Viceconsejería de Modernización y Recursos Humanos del Principado de Asturias.

docente.<sup>530</sup> Ello nos lleva a concluir que los criterios de excepcionalidad y transitoriedad de estos procesos no siempre se han cumplido, ya que transcurridos ya veinticinco años del inicio de estos procedimientos singulares de acceso a la función pública, todavía hoy están plenamente operativos.<sup>531</sup>

### **3.4.2 La funcionarización como proceso selectivo *ad personam***

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional considerar contraria al derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 CE “cualquier reserva, explícita o encubierta de funciones públicas *ad personam* o la adscripción personal a personas individualmente seleccionadas.”<sup>532</sup> Esta exigencia, que fue objeto de estudio en un apartado anterior de este trabajo<sup>533</sup>, pone en cuestión la constitucionalidad de los procesos de funcionarización, porque en los procesos de funcionarización, como veremos a continuación, se produce una auténtica reserva de plazas para candidatos previamente identificados. Esa es la filosofía de estos sistemas singulares de acceso que tratan de transformar el status jurídico de determinado personal laboral que ocupa puestos reservados a funcionarios públicos.

En el ámbito docente son numerosos y evidentes los ejemplos. Así, la Consejería de Educación de Andalucía convocó, mediante una Orden de 15 de abril de 2009, un concurso-oposición reservado al “personal laboral fijo con funciones docentes en la educación de personas adultas

---

<sup>530</sup> Como ejemplo ilustrativo la Consejería de Educación de Andalucía, mediante Orden de 28 de febrero de 2008, convocó un proceso de funcionarización que incluía una plaza de lengua castellana y literatura y tan sólo un año después, mediante la Orden de 15 de abril de 2009, convocó un nuevo proceso para personal laboral fijo que ofertaba tres plazas para la misma especialidad.

<sup>531</sup> Buena prueba de la vigencia de los procesos de funcionarización la proporciona la Ley Foral 19/2013, de 29 de mayo, por la que se autoriza la apertura de un nuevo proceso de funcionarización de las Administraciones públicas de Navarra.

<sup>532</sup> STC 67/1987, de 18 de abril, F.J. 2º.

<sup>533</sup> Apartado 5.3.3.1 “Prohibición de referencias individualizadas y concretas”.

en los centros y secciones de educación permanente”, y a continuación se ofertaron 18 plazas en cinco especialidades que, obviamente, coincidían con las ocupadas por el personal laboral a quien se dirigió la convocatoria.

Igualmente ilustrativa es la Ley del Principado de Asturias 1/2009, de 8 de mayo, por la que se regula la incorporación de personal laboral fijo de carácter docente a los cuerpos de funcionarios docentes, que en su preámbulo reconoce que el único centro docente incluido en el ámbito de aplicación de la Ley es el Centro de Formación Profesional Náutico-Pesquera. Fruto de esa Ley, la Resolución de 18 de mayo de 2009 de la Viceconsejería de Modernización y Recursos Humanos convocó procedimiento selectivo mediante turno especial para el personal laboral fijo que realizaba funciones docentes en el centro de Formación Profesional Náutico-Pesquera. Por supuesto, el número de plazas ofertadas coincidía con el de docentes laborales existentes en el centro. En suma, estos sistemas están dirigidos a candidatos unipersonales perfectamente identificados con la plaza que ocupan en régimen laboral. A diferencia de los turnos restringidos para funcionarios interinos, o de los procedimientos de promoción entre grupos de funcionarios en los que los candidatos son más numerosos que el número de plazas, en estos procesos de funcionarización el número de plazas y el número de posibles candidatos es plenamente coincidente. Ello plantea la cuestión de si estos procedimientos singulares de acceso vulneran el art. 23.2 CE al establecer en sus convocatorias una auténtica reserva de funciones públicas *ad personam*.

Así lo consideró inicialmente el Tribunal Supremo y, en concreto, la STS 8745/1992 al estudiar un proceso de funcionarización en el ámbito de la administración local, al entender que la presunta generalidad de la convocatoria no era más que “*un expediente de*

*cosmética jurídica para ocultar la realidad inocultable del propósito de transformar a los bomberos de régimen laboral en funcionarios.*<sup>534</sup>

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha interpretado desde el principio de una manera más benevolente esta exigencia al entender que la identificación de modo abstracto y en virtud del hecho objetivo de haber ocupado determinadas plazas no puede considerarse como una reserva *ad personam*, por cuanto no comporta necesariamente la finalidad de favorecer a determinadas personas.<sup>535</sup> En nuestra opinión las pruebas restringidas unipersonales, como en los casos analizados, bordean el límite de la propia doctrina del Alto Tribunal y plantean serias dudas acerca de la constitucionalidad de los procesos de funcionarización.

### **3.4.3 El ámbito subjetivo de la funcionarización y su vinculación con los principios de mérito y capacidad**

Los procesos de funcionarización están dirigidos, como hemos señalado reiteradamente, al personal laboral fijo de la Administración pública. Es importante distinguir entre personal laboral fijo y personal laboral indefinido, pues ello influye decisivamente en el efectivo cumplimiento de los principios de mérito y capacidad y, por consiguiente, en la constitucionalidad de estos procesos.

La STS de 7 de octubre de 1996, estableció una doctrina que, reiterada posteriormente, ha marcado la línea distintiva de ambas figuras. Según el Tribunal Supremo “*la contratación laboral en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes*

---

<sup>534</sup> STS 8745/1992, de 28 de noviembre, F.D. cuarto: “No es convincente la indicación de que los llamados eran precisamente los que reúnen las condiciones...aconsejables para cumplir las plazas que se ofertan, pues fuera de ese limitadísimo circuito podían existir otras personas capacitadas, titulares del derecho reconocido en el art. 23.2 CE, respecto de las que la anulada introducía un trato discriminatorio.”

<sup>535</sup> STC 67/1987, de 18 de abril, F.J. 2º.

*(trabajadores con contrato indefinido) a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido.*<sup>536</sup> A partir de esta Sentencia hay que distinguir, pues, entre el trabajador laboral fijo de la Administración, que ha accedido mediante un procedimiento regido por los principios de igualdad, mérito y capacidad, de aquel trabajador laboral indefinido que ha adquirido tal condición por una contratación temporal irregular, pero sin superar un previo proceso selectivo.

Esta distinción es clave ya que hemos calificado la funcionarización como un proceso singular de promoción cruzada, lo que implica que el personal laboral fijo ha tenido que demostrar previamente su mérito y capacidad mediante el correspondiente proceso selectivo abierto y competitivo. Por ello el ámbito subjetivo de estos procesos se circunscribe únicamente al personal laboral fijo al servicio de una Administración pública.<sup>537</sup>

Sin embargo no siempre se ha respetado este criterio a la hora de regular estos sistemas de acceso. Un ejemplo muy explicativo lo proporciona la Ley del País Vasco 16/1997, de 7 de noviembre, que introduce un nuevo apartado en la disposición adicional segunda de la Ley 6/1989 de la función pública vasca. A través de este precepto se estableció un nuevo proceso de funcionarización para personal docente que tuviere la condición de laboral fijo, eximiéndoles de la titulación necesaria para el acceso a dicho cuerpo.<sup>538</sup> Ahora bien, el personal

---

<sup>536</sup> STS 5360/1996, de 7 de octubre F.D. segundo.

<sup>537</sup> Esta cuestión ha sido objeto de estudio por B. MARINA JALVO y J. CANTERO MARTÍNEZ, en “Reflexiones previas sobre la jurisprudencia de la función pública”, *Justicia Administrativa* n° extra, 2002, págs. 7 a 49.

<sup>538</sup> Art. 10 de la Ley del País vasco 16/1997, de 7 de noviembre, que introduce un nuevo apartado 3 en la disposición adicional segunda de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca:

“El personal docente que tenga la condición de laboral fijo, y esté adscrito a plazas incluidas en las vigentes relaciones de puestos de trabajo docentes del Departamento de educación, Universidades e Investigación podrá acceder a la condición de funcionario de carrera docente en el Cuerpo correspondiente al nivel de la plaza a la

laboral al que estaba dirigido ese proceso eran los maestros de determinadas ikastolas privadas que en un momento determinado habían sido asumidas por la Comunidad autónoma vasca, pasando a ser públicas. En consecuencia no se trataba *strictu sensu* de personal laboral fijo ya que no se había integrado en la Administración pública mediante pruebas selectivas.

Este precepto fue declarado inconstitucional por la STC 31/2006 que sentó de manera muy clara la distinción entre personal laboral fijo de la Administración y personal de entidades privadas, señalando acertadamente que *“no estamos ante una mera medida de promoción del personal funcionario, sino de la conversión de personal laboral contratado por personas y entidades jurídico-privados, asumido después a través de una relación laboral por la Administración autonómica y que pretende integrarse por esta vía en la función pública docente sin contar con la titulación exigida por la normativa estatal básica.”*

#### **4. SISTEMAS DE ACCESO DIRECTO**

Los sistemas de acceso directo a la función pública, esto es, aquellos en los que se determina el ingreso automático sin ningún tipo de prueba selectiva que permita verificar las capacidades y méritos de los candidatos, fueron proscritos por el Tribunal Constitucional en la STC 302/1993, de 21 de octubre. En dicha sentencia se enjuició un recurso de inconstitucionalidad contra la disposición transitoria sexta de la Ley 6/1985 de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, en la que se establecía la integración *ope legis* y de manera automática en la función pública andaluza, sin pruebas específicas de acceso, de determinado personal con contratos administrativos y

---

que está adscrito, aún careciendo de la específica titulación para el acceso a dicho Cuerpo, mediante pruebas selectivas restringidas que, con carácter excepcional, podrán ser convocadas por la Administración educativa.”

funcionarios interinos<sup>539</sup>. En concreto el texto legal establecía que dicho personal “*adquirirá automáticamente a la entrada en vigor de la presente Ley la categoría de funcionario de carrera de la Administración en la Comunidad Autónoma de la Junta de Andalucía*”. El Alto Tribunal declaró inconstitucional este precepto pues consideró patente que el mandato de integración automática, sin efectuar pruebas objetivas de reclutamiento, aunque fueran específicas o de turno restringido, traspasaba los límites impuestos, para la racionalización de las Administraciones públicas, en la Disposición transitoria sexta de la Ley de Medidas de la Función Pública, que permitía convocar pruebas específicas en ciertos casos y con las limitaciones temporales allí señaladas, pero en modo alguno habilitaba a una integración automática que consagraba la antigüedad de los servicios prestados a la Administración en título único y excluyente de otros que para el acceso a la función pública.<sup>540</sup>

Sin embargo, en el ámbito docente operó un sistema de acceso automático, sin prueba de selección alguna, coexistiendo con la Constitución hasta la llegada de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Así la Ley 14/1970 General de Educación estableció, en su artículo 110.1, el acceso al Cuerpo de Profesores de Educación General Básica directamente desde las escuelas universitarias correspondientes, sin necesidad de pruebas posteriores, en los casos de expedientes sobresalientes a lo largo de todos los

---

<sup>539</sup> El texto del precepto impugnado es el siguiente: “El personal con contrato administrativo afectado por el Decreto 153/1982, de 22 de diciembre y que en la actualidad se encuentran prestando sus servicios activos en la Junta de Andalucía, adquirirá automáticamente a la entrada en vigor de la presente Ley, la categoría de funcionario de carrera de la Administración en la Comunidad Autónoma Andaluza. A efectos de antigüedad y trienios, a dicho personal le son reconocidos los servicios prestados en la Administración de la Junta de Andalucía con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario de la misma.”

<sup>540</sup>STC 302/1993, de 21 de octubre, F.J. 3º: “Es patente que el mandato de integración automática, sin efectuar pruebas objetivas de reclutamiento, aunque fueran específicas o de turno restringido, traspasa los límites impuestos para la racionalización de las Administraciones públicas.”



estudios.<sup>541</sup> Este sistema de acceso directo fue, a su vez desarrollado por el Decreto 375/1974, de 7 de febrero, por el que se reguló el acceso al cuerpo de profesores de educación general básica, configurándose como un sistema excepcional y transitorio de acceso para atender las necesidades educativas urgentes de este nivel educativo.<sup>542</sup> En dicha normativa se establecieron unos requisitos en el expediente académico para acceder directamente a la función pública, así como un número de vacantes máximas a las que se podía acceder a través de este procedimiento que cifra en un 10% de las plazas totales. Asimismo se instauró una Comisión Nacional de Selección para ingreso directo en el Cuerpo de Profesores de Educación General Básica, que era el órgano encargado de revisar los expedientes de los aspirantes y proponer al Ministerio de Educación los candidatos que debían acceder a la función pública de manera directa.<sup>543</sup>

---

<sup>541</sup> Ley 14/1970 General de Educación, art. 110.1: “El acceso al cuerpo de profesores de Educación General Básica se podrá efectuar directamente desde las Escuelas Universitarias correspondientes sin necesidad de pruebas posteriores en los casos de expedientes sobresalientes a lo largo de todos los estudios. En los demás casos, los aspirantes tendrán que demostrar su aptitud mediante las pruebas reglamentarias que se determinen, pero que tendrán en cuenta con carácter fundamental los antecedentes académicos.”

Dicho artículo fue desarrollado por el Decreto 375/1974, de 7 de febrero, por el que se regula el acceso al cuerpo de profesores de educación general básica.

<sup>542</sup> Preámbulo del Decreto 375/1974: “Dotadas en los presupuestos generales del Estado para el ejercicio económico de 1974 veintitrés mil quinientas plazas de la plantilla del cuerpo de profesores de Educación General Básica y siendo urgente para atender debidamente las necesidades docentes de este nivel educativo proveer lo antes posible las plazas vacantes de dicha plantilla, se hace preciso, en tanto se lleve a cabo la reglamentación general del acceso al profesorado en los distintos niveles educativos, de conformidad con el artículo ciento siete de la Ley General de Educación, dictar aquellas normas que regulen transitoriamente el acceso al referido cuerpo, tanto en su modalidad de ingreso directo como en la de concurso-oposición libre.”

<sup>543</sup> Decreto 375/1974, artículo sexto: “En cada convocatoria se constituirá una Comisión Nacional de Selección para ingreso directo en el Cuerpo de Profesores de Educación General Básica que, presidida por el Director general de Personal, o persona en quien delegue, estará integrada por un inspector técnico de educación General Básica, un inspector técnico que desarrolle sus funciones en las Escuelas Universitarias de Formación del Profesorado y dos directores de Escuelas Universitarias de Formación del Profesorado designados por la Dirección general de Personal...”

“Esta comisión examinará los expedientes, datos personales y académicos de los candidatos que figuren en las relaciones remitidas por las respectivas Escuelas

No es difícil imaginar las repercusiones que un sistema de esta naturaleza pudo tener en la efectiva igualdad en el acceso a la función pública. Los candidatos se elegían repartiéndose el cupo por provincias y universidades según el número de matriculados, por lo que maestros de algunas universidades no accedían a pesar de tener mayor puntuación que los de otras. Además fue patente que algunas universidades hinchaban las notas de sus alumnos para alcanzar más prestigio y matrícula. Es evidente que en un sistema como el descrito las garantías para la efectiva aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad eran más bien escasas. En primer lugar porque los principios de igualdad, mérito y capacidad exigen, como señala la doctrina, la existencia de pruebas selectivas competitivas<sup>544</sup>, y en segundo lugar porque éstas han de desarrollarse en condiciones de igualdad para todos los candidatos. Es evidente que estas condiciones no se cumplían en el sistema de acceso directo establecido en la Ley 14/1970 que estuvo vigente durante años tras la aprobación de la Constitución.

El Tribunal Supremo, en la STS 15819/1988, de 25 de enero, determinó que el acceso directo regulado en el art. 110 de la Ley General de Educación era contrario a la Ley. Paradójicamente este sistema no fue rechazado por su incompatibilidad con la Constitución, de hecho el Tribunal Constitucional nunca llegó a manifestarse al respecto, sino “por resultar afectado por las normas estatutarias de carácter general que incorpora la Ley 30/1984.

Estos sistemas de integración automática han intentado pervivir bajo diversas formas hasta el día de hoy. Un ejemplo lo proporciona la

---

Universitarias, y propongan al Ministerio de educación y Ciencia aquellos que hayan de ingresar directamente en el Cuerpo de Profesores de Educación General Básica.”

<sup>544</sup> La necesaria celebración de pruebas selectivas ya fue abordada en el apartado 5.2 “La celebración de sistemas competitivos de acceso. Como ejemplo de la posición doctrinal en este aspecto ver M. SÁNCHEZ MORÓN, Art. 23.2 CE, en *Comentarios a las leyes políticas*, cit. en nº 6, pág. 680: “El juego de los principios de mérito y capacidad con el principio de igualdad, remite necesariamente a pruebas públicas de selección, única forma de garantizar su estricto cumplimiento.”

Ley Foral 19/2013 de 29 de mayo, por la que se autoriza la apertura de un nuevo proceso de funcionarización de las Administraciones públicas de Navarra. Dicha Ley establece un proceso que permite a determinada persona laboral adquirir la condición de funcionario mediante una mera solicitud acompañada de la titulación correspondiente.<sup>545</sup> Esta ley ha sido objeto de enjuiciamiento por el Alto Tribunal que la declaró inconstitucional por, entre otras razones, vulnerar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública. En concreto la STC 111/2014, determina basándose en sentencias anteriores del propio Tribunal, que “el art. 23.2 CE, en relación con el art. 103.3 CE, veda toda restricción injustificada de las condiciones de acceso, a lo que se opone la integración automática de determinados grupos en la función pública”.<sup>546</sup>

---

<sup>545</sup> LEY FORAL 19/2013, de 29 de mayo, para la apertura de un nuevo proceso de funcionarización en las Administraciones Públicas de Navarra:

Artículo 5.

1. La solicitud de integración habrá de dirigirse al Presidente de la entidad local, en el plazo de dos meses, contados a partir del día siguiente a la publicación del acuerdo de la entidad local en el Boletín Oficial de Navarra.
2. A la solicitud se acompañará la titulación correspondiente del nivel de encuadramiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 15 del Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, que aprobó el Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.

Artículo 6.

1. El Secretario de la entidad local, previo examen de los expedientes personales de los interesados y de los datos consignados por éstos en las solicitudes y en la titulación aportada, emitirá informe de legalidad y elevará la documentación al órgano competente para resolver en el plazo de veinte días a partir del día siguiente a la fecha de terminación del plazo de presentación de solicitudes.
2. El órgano competente de la entidad local, a la vista de la documentación y del informe del Secretario, dictará la correspondiente resolución sobre integración, que habrá de ser publicada en el Boletín Oficial de Navarra.

<sup>546</sup>STC 111/2014, de 24 de julio, F.J. 5º: “El art. 23.2, en relación con el 103.3 CE, veda toda restricción injustificada de las condiciones de acceso, a lo que se opone la integración automática de determinados grupos en la función pública [SSTC 302/1993, de 21 de octubre, 73/1998, FJ 3 a), y 103/2009, FJ 3]. En términos de la STC 302/1993, «[e]s patente que el mandato de integración automática, sin efectuar pruebas objetivas de reclutamiento, aunque fueran específicas o de turno restringido, traspasa los límites impuestos, para la racionalización de las Administraciones públicas, en la Disposición transitoria sexta de la Ley de Medidas de la Función Pública, que permite convocar "pruebas específicas" en ciertos casos y con las

## **5. LA VALORACIÓN DE ANTIGÜEDAD EN LOS SISTEMAS DE CONCURSO-OPOSICIÓN**

Un sistema frecuentemente utilizado por nuestras Administraciones públicas para posibilitar la estabilización de los funcionarios interinos, es la convocatoria de concursos-oposición que, si bien están abiertos a la participación de todos los ciudadanos que reúnan los requisitos generales, colocan a los interinos en una situación de ventaja al valorar de manera preferente como mérito, los servicios prestados a la Administración. El procedimiento de acceso a la función pública docente, como ya hemos visto anteriormente, ha sido siempre el de concurso-oposición, en el que la valoración de la experiencia docente previa ha tenido una gran influencia en la resolución de los procesos selectivos. De esta cuestión se ocupó la importante STC 67/1989, de 18 de abril, al resolver un recurso de amparo en una convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Titulados Superiores de la Administración de Extremadura, que estableció los criterios interpretativos que en esta materia han marcado la doctrina constitucional hasta ahora.

### **5.1 La antigüedad como mérito**

Hemos definido el mérito en los procesos selectivos como la aptitud para el desempeño de una determinada función pública que, sin ser indispensable para su buen ejercicio, refleja una mayor idoneidad en el candidato y le hace merecedor del empleo público al que opta.<sup>547</sup> Así lo confirma el propio Tribunal Constitucional en la STC 388/1993<sup>548</sup> que

---

limitaciones temporales allí señaladas, pero en modo alguno habilita a una integración automática que erija la antigüedad de los servicios prestados a la Administración en título único y excluyente de otros que legitime el acceso a la función pública.”

<sup>547</sup> Ver apartado 4.2 “Mérito: la elección del candidato más idóneo”.

<sup>548</sup> 388/1993, de 23 de diciembre, (F.J. 2º).

califica el mérito como un *“elemento relativo de comparación y preferencia para el acceso o nombramiento”*.

Según reconoce el Tribunal Constitucional en la STC 67/1989, nada se opone a que se reconozca como mérito los servicios prestados a la Administración, pues no son ajenos al concepto de mérito y capacidad ya que *“pueden reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados.”* Además el Tribunal estima que la valoración como mérito de la antigüedad *“no constituye, ni directa ni indirectamente una referencia individualizada, singular específica y concreta.”*

Cabe hacer una reflexión acerca de la antigüedad como mérito en relación al ejercicio satisfactorio no de los servicios prestados. Es evidente que en el desarrollo de una determinada función pública no todos los trabajadores desempeñan con la misma eficacia su tarea, aspecto éste que no es tenido en cuenta a la hora de su valoración como mérito. Por ejemplo, los servicios prestados por un funcionario interino que está con una baja prolongada tienen la misma valoración de aquellos que quien presta efectivamente el servicio de manera eficaz. Es cierto que no existen aún fórmulas fiables de evaluación del desempeño en el ámbito de la Administración pública, pero sería más ajustado al principio constitucional de mérito la propuesta del Defensor del Pueblo en el sentido de valorar más los servicios previos de aquellos funcionarios que han alcanzado una elevada capacitación mediante la prestación de tales servicios que los de aquellos otros que no acrediten haber optimizado a lo largo de su vida profesional sus aptitudes personales.<sup>549</sup> No obstante la doctrina es pacífica a la hora de reconocer los servicios prestados como un posible mérito a valorar en los sistemas de concurso-oposición.

---

<sup>549</sup> *Defensor del Pueblo. Informe anual 1999 y debates en las Cortes generales, Tomo I, Publicaciones del Congreso de los Diputados. Serie Informes, Madrid: 2001, pág. 590.*

## 5.2 La valoración de los servicios prestados

Una cuestión trascendente en los sistemas de concurso-oposición es la valoración de los servicios prestados en relación con otros méritos y su ponderación con la fase de oposición. La tendencia secular a favorecer el acceso de los funcionarios interinos ha llevado a sobrevalorar los servicios prestados, hecho que puede afectar al cumplimiento efectivo de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Esta cuestión fue objeto de análisis en la mencionada STC 67/1989 en la que se planteaba si era constitucionalmente admisible que, en un concurso-oposición libre, se valorase como único mérito los servicios efectivos prestados por el personal interino y contratado, excluyendo cualquier otro elemento de capacidad y valía personal y profesional de los aspirantes.<sup>550</sup> El Tribunal, si bien reconoce que esta medida efectivamente establece una desigualdad, “*no puede estimarse como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable*” en base a la consabida finalidad de consolidar la puesta en marcha de una nueva Administración autonómica y, por lo tanto, con fundamento en un interés público legítimo.

Problema distinto es el de si la ponderación de ese único mérito valorable es tan desproporcionada e irracional que puede desconocer el derecho a la igualdad. En ese sentido, el Tribunal reconoce que, dentro de la razonable libertad de la Administración en la fijación de los méritos y en su valoración, cabe comprobar por el Tribunal si dicha

---

<sup>550</sup> Se enjuiciaba en esta sentencia 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.”

ponderación *“es manifiestamente irracional, no responde a criterio admisible de general aceptación, y supone prácticamente la exclusión de otros, en este caso los que concurren desde fuera de la Administración.”* En el caso que nos ocupa, los servicios prestados podrían llegar a suponer hasta un máximo de un 45% de la puntuación alcanzable en la fase de oposición. El Tribunal estima que esta valoración del mérito de tiempo de servicios está *“en el límite de lo tolerable”*, pues aunque supone una ventaja para los que acrediten este mérito, *“no excluye por entero de la competición a quienes carecen de él”*, pese a que les imponga para situarse a igual nivel de puntuación que los interinos un nivel de conocimientos superior, pero sin que ello signifique un obstáculo que impida al acceso a la función pública de quienes no prestaron servicios a la Administración anteriormente. Este límite cuantitativo, si bien fue fijado por el Alto Tribunal para un sistema selectivo de carácter excepcional, es doctrina consolidada y ha quedado como criterio definitivo en todos los procesos selectivos que determina el límite de lo tolerable en la valoración de los servicios prestados en relación a la fase de oposición.<sup>551</sup>

---

<sup>551</sup> El Tribunal Constitucional ha adoptado este límite cuantitativo como criterio definitivo. Como ejemplo la STC 239/2004, de 29 de junio, F.J. 3º: *“Conviene señalar también que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, la valoración de los servicios prestados como mérito en los concursos para el acceso a la función pública no es discriminatoria siempre que se prevea de forma razonable y proporcionada y en la STC 67/1989, F. 4, se consideró que la valoración de este mérito hasta un 45 por 100 de la puntuación alcanzable en la oposición se encontraba dentro del límite de lo tolerable.”*

Igualmente la STC 27/2012, de 1 de marzo, F.J. 8º: *“En el presente caso, la posibilidad de obtener 9,5 puntos por la experiencia profesional representa un porcentaje claramente superior al 45% de la nota total de la fase de concurso: 14,5 puntos. Estas circunstancias suponen primar sensiblemente a los participantes que contaran con servicios prestados en la Administración convocante, que se presenta desproporcionado, más aún cuando la fase de concurso se establece como eliminatoria y existe una nota de corte que dificulta en exceso que los participantes sin experiencia profesional puedan, si quiera, acceder a la fase de oposición...”*

### **5.3 La valoración de los servicios prestados en la fase de oposición: el sistema de mochila**

Un mecanismo utilizado para favorecer el acceso de los funcionarios interinos ha sido el de mezclar las fases de concurso y de oposición valorando, por ejemplo, los servicios prestados para superar la prueba de oposición. Un sistema de este tipo fue analizado en la STC 67/1989 en relación a la convocatoria de acceso a la función pública extremeña que hemos citado reiteradamente en este apartado. En concreto la base 4.1 de la convocatoria establecía que los puntos obtenidos en la fase de concurso se podrían aplicar si fuera necesario a la puntuación obtenida en la oposición siempre que el candidato hubiese obtenido en esta al menos 2,5 puntos.<sup>552</sup> De esta manera un aspirante que hubiera obtenido 2,5 puntos en la oposición, pero que pudiera aportar tres puntos por los servicios prestados, superaría la prueba selectiva.

Este sistema, llamado de la *mochila*, fue declarado inconstitucional por la STC 67/1989 que estimó el recurso de amparo y declaró la nulidad de la convocatoria para el ingreso en la función pública extremeña. Así el Tribunal manifestó que *“esta diferencia sensible de niveles de exigencia supone que los aspirantes de fuera vean reducida al mínimo su posibilidad de acceso a la función pública, exigiéndoseles un nivel de conocimientos elevado, mientras que los opositores, que ya prestan servicios en la Administración Autónoma, pueden aprobar los correspondientes ejercicios con notas muy inferiores y que no garantizan la suficiencia de sus conocimientos.”*

---

<sup>552</sup> Base 4.1: “ Los puntos así obtenidos en la fase de concurso, tanto en turno libre como en promoción, se aplicarán, si fuera necesario, a la puntuación obtenida en cada ejercicio de la fase de oposición, de forma tal que, sumados a los obtenidos, la calificación de ésta alcance en su caso la puntuación mínima establecida para superar el correspondiente ejercicio. Dicha aplicación no será posible cuando en un ejercicio de la fase de oposición la calificación obtenida sea inferior a 2,50 puntos.”



Es decir que, como bien señala la doctrina,<sup>553</sup> en la fase de oposición, todos los aspirantes han de concurrir en pie de igualdad para demostrar su capacidad para el puesto, sin ventajas ni privilegios especiales. Esta ha de ser, pues, una de las reglas de oro para garantizar los efectiva igualdad, mérito y capacidad de los candidatos en el acceso a ala función pública. Por ello, el Tribunal considera en reiterada jurisprudencia<sup>554</sup> que el sistema de mochila restringe la competencia externa de la misma manera que las pruebas restringidas y supone una desigualdad de trato arbitraria e incompatible con los principios de mérito y capacidad.

Resumiendo la posición del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión, emanada de la trascendental STC 67/1989, *“el problema de la igualdad no se suscita por la consideración como mérito de los servicios prestados, sino por el hecho de constituir un requisito necesario para poder participar en el concurso -pruebas restringidas-, por la relevancia cuantitativa que pueda atribuir la convocatoria a dichos servicios o por operar doblemente, en distintas fases del procedimiento de selección.”*<sup>555</sup>

## **6. EL SISTEMA EXCEPCIONAL DE ACCESO DE LA LEY 1/1990 ORGÁNICA GENERAL DEL SISTEMA EDUCATIVO**

La Disposición transitoria quinta de la LOGSE estableció un sistema excepcional de acceso que fue desarrollado por el Real Decreto 574/1991, de 22 de abril, por el que se reguló transitoriamente el ingreso a la función pública docente. Este procedimiento de acceso, con evidentes ventajas para quienes pudieran acreditar experiencia previa,

---

<sup>553</sup> J.M. ALEGRE ÁVILA en “De nuevo sobre los principios de igualdad mérito y capacidad en el acceso a la función pública...” cit. en nº 454, pág. 259.

<sup>554</sup> Entre otras STC 93/1995, de 19 de junio y la STC 107/2003, de 2 de junio.

<sup>555</sup> STC 83/2000, de 27 de marzo F.J. 4º.

dio lugar a numerosas convocatorias de procesos selectivos, que han planteado cuestiones polémicas que es preciso analizar.

### **6.1 Excepcionalidad y transitoriedad**

Como ya hemos apuntado anteriormente el Alto Tribunal condiciona la validez constitucional procesos singulares de acceso a la función, a que se configuren como un remedio excepcional ante una situación también excepcional, previsto en una norma con rango ley y para perseguir una finalidad constitucionalmente legítima.

La constitucionalidad del sistema transitorio LOGSE fue ratificada por la STC 185/1994, de 20 de junio, en la que el Tribunal, si bien reconoce que no estamos ante un proceso irrepetible por crearse una nueva Administración, justifica esa desigualdad de trato en la importante reforma educativa que supuso la LOGSE que *“puede requerir que se adopten medidas de carácter excepcional y transitorio”*, entre ellas, las orientadas a la adecuada cualificación del profesorado en los centros escolares.<sup>556</sup> Entre estas medidas el Tribunal admite un sistema de ingreso en el que se favorece el acceso de aquellos aspirantes que previamente hubiesen sido contratados, como medio para resolver el problema de interinidad en el desempeño de las plazas existentes en la Administraciones educativas. Según el Tribunal, “El trato de favor concedido a los aspirantes que con anterioridad hubiesen desempeñado

---

<sup>556</sup> STC 185/1994, de 20 de junio F.J 3 A): “La L.O.G.S.E. no es, pues, una ley más de reforma en materia educativa: es, por definición, la ley de reforma en esta materia. Y aun cuando no constituya en puridad un proceso irrepetible por crearse una nueva Administración, como ocurría en otros supuestos considerados por este Tribunal (SSTC 27/1991 y 151/1992), es innegable la amplitud de las enseñanzas cuya ordenación lleva a cabo -tanto en el régimen general, donde se incluye un importante cambio en la formación profesional, como en el régimen especial y de adultos-, los grandes recursos de distinta índole que precisa la reforma y las consecuencias que ésta genera para un gran número de centros y del profesorado de los mismos. Por lo que ha de admitirse que la aplicación de esta reforma global también puede requerir, como en aquellos supuestos, que se adopten medidas de carácter excepcional y transitorio, entre ellas, las orientadas a la adecuada cualificación del profesorado de los centros escolares. Por tanto, es desde esta singularidad del proceso de reforma que instaura la L.O.G.S.E. como debe ser interpretada.”

tareas docentes como funcionarios interinos posee un carácter excepcional y deriva de una circunstancia vinculada a una finalidad constitucionalmente legítima, como es la de normalizar la situación del personal al servicio de las Administraciones educativas y mejorar su cualificación. Por eso si la LOGSE entraña la reforma del sistema educativo en su conjunto y los poderes públicos han de prestar una atención prioritaria al conjunto de factores que favorecen la calidad y mejora de la enseñanza, entre otros se cuenta, obvio es, la adecuada cualificación del profesorado, incluido el que ha venido desempeñando sus funciones con carácter interino.”<sup>557</sup>

Esta sentencia supone un nuevo planteamiento sobre la doctrina que el Alto Tribunal venía manteniendo sobre este tipo de pruebas.<sup>558</sup> Por un lado se supera la exigencia de una única convocatoria, derivada de un proceso único e irrepetible, pues la disposición transitoria objeto de la sentencia permite la realización de este sistema excepcional durante tres convocatorias. Para ello, el Tribunal entiende que la posibilidad de tres convocatorias no resulta desproporcionada si tenemos en cuenta que el calendario de implantación de la LOGSE abarcaba diez años.<sup>559</sup> Pero además la sentencia legitima la práctica de estos procesos selectivos excepcionales, no sólo por la creación de nuevas Administraciones autonómicas, sino también por la existencia de reformas legislativas en sectores que, como el educativo, merezcan por su importancia una consideración singular. Esto supone, sin duda, un criterio mucho más permisivo que el establecido en la STC 27/1991 que hablaba de un proceso único e irrepetible.

---

<sup>557</sup> STC 185/1994, de 20 de junio, F.J. 4º-

<sup>558</sup> Así lo destaca de manera crítica R. RIVERO ORTEGA, en “Acceso a la función pública autonómica y doctrina constitucional”, *Revista de Administración Pública* nº 151, 2000, pág. 356 y ss.

<sup>559</sup> “Por consiguiente, cabe admitir que la finalidad de normalización del personal interino al servicio de las Administraciones educativas se ha acompasado a las propias previsiones temporales de la reforma y a los recursos disponibles.” (F.J. 4 B)

## **6.2 Devaluación del principio constitucional de capacidad mediante la desnaturalización de la fase de oposición**

Uno de los sistemas más utilizados por la Administración educativa para favorecer el acceso de los funcionarios interinos, consiste en *desnaturalizar* de diversas maneras la fase de oposición, de tal suerte que sea la fase de concurso, en la que el peso de la antigüedad tiene un peso determinante, la que decida la suerte final del proceso selectivo. Con la expresión desnaturalizar queremos referirnos a diversos mecanismos diseñados con el oculto fin de facilitar la superación de la oposición, despojándola de esta manera de su sentido primigenio como prueba selectiva, y convirtiéndola incluso en un mero trámite.<sup>560</sup>

Un ejemplo palmario lo proporciona el sistema transitorio LOGSE y su normativa de desarrollo. En concreto la disposición transitoria quinta de la LOGSE, apartado 2, estableció que las tres primeras convocatorias de ingreso en la función pública docente, que se produjeran después de la entrada en vigor de la Ley, se realizarían conforme a un sistema de selección en el que se valoraban los conocimientos sobre los contenidos curriculares que deberán impartir los candidatos seleccionados y su dominio de los recursos didácticos y pedagógicos, así como los méritos académicos. Entre éstos tenían una valoración preferente los servicios prestados en la enseñanza pública. Finalmente el texto prescribía que *“para la selección de los aspirantes se tendrán en cuenta la valoración ponderada y global de ambos apartados”*, es decir los conocimientos de los candidatos y sus méritos académicos.

En desarrollo de esta Disposición transitoria, se aprobó el Real Decreto 574/1991, del Ministerio de Educación y Ciencia, que reguló transitoriamente el ingreso en los cuerpos de funcionarios docentes. Sin

---

<sup>560</sup> A este procedimiento utilizado para favorecer el acceso de determinados colectivos hace referencia L. FERNÁNDEZ DELPUECH, en *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, cit. en nº 436, pág. 115.

ánimo de desentrañar todos los detalles del procedimiento diseñado, sistema de acceso que han sido objeto de análisis jurisprudencial.

Por un lado, la valoración de los conocimientos sobre los contenidos curriculares propios de la especialidad a la que optaban los candidatos y su dominio de los recursos didácticos y pedagógicos, se llevaba a cabo a través de la exposición oral por el aspirante ante el Tribunal de un tema de la especialidad correspondiente y de su planteamiento didáctico. La exposición era seguida de un debate con el Tribunal. Los Tribunales valoraban esta fase del proceso selectivo entre cero y diez puntos. Respecto a la fase de concurso tenían la consideración de méritos, además de la experiencia previa, las calificaciones contenidas en el expediente académico correspondiente al título exigido para el ingreso, los cursos de formación y perfeccionamiento superados, así como los otros posibles méritos relacionados con el expediente académico que se determinen en la convocatoria. Ahora bien, conforme a este sistema superaban la fase de oposición quienes obtuvieran al menos cinco puntos agregando a la nota de la prueba de conocimientos, la puntuación del resto de los méritos, excluida la experiencia previa, es decir cursos de perfeccionamiento y expediente académico.<sup>561</sup> Por tanto, con un sistema como el descrito, un aspirante que hubiere obtenido en la prueba de conocimiento una nota inferior a un cinco, podría superar la fase de oposición aportando la puntuación procedente de cursos de perfeccionamiento.

No estamos, pues estrictamente, ante un sistema de mochila como

---

<sup>561</sup> R.D 574/1991. Art. 23. 1. “Resultarán seleccionados en el sistema de selección regulado en los artículos anteriores aquellos aspirantes que, habiendo obtenido al menos cinco puntos agregando las valoraciones a que se refieren los artículos 20 y 22 (expediente académico y cursos de perfeccionamiento), excluida en todo caso la experiencia previa, y ordenados según la puntuación total obtenida en las valoraciones previstas en los artículos 20, 21 y 22, obtengan un número de orden igual o inferior al número de plazas ofrecidas. Los posibles empates se resolverán de acuerdo con los criterios que se establezcan en las correspondientes convocatorias, debiendo, en todo caso, figurar como primer criterio la mayor puntuación en la valoración a que se refiere el artículo 20.”

el declarado inconstitucional por la STC 67/1989, ya que no se aportan los puntos de la experiencia previa a la fase de oposición. Sin embargo, no es menos cierto que el opositor acudía con este sistema a la fase de oposición con otro tipo de mochila, la de cursos previamente realizados, que le permitían superar la ausencia de conocimientos actuales con otros méritos pretéritos.

Este sistema fue declarado constitucional por diversas sentencias<sup>562</sup> del Alto Tribunal que, a nuestro juicio, no dieron respuesta a todos los interrogantes que plantean los sistemas de acceso de esta naturaleza en relación a su compatibilidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. En primer lugar el Tribunal se limitó a constatar que no estamos ni ante pruebas restringidas<sup>563</sup>, ni ante un sistema de mochila<sup>564</sup>, ambos proscritos por la doctrina del propio Tribunal. Asimismo la sentencia verificó que la valoración de la experiencia docente se hallaba dentro de los límites tolerables fijados por la propia doctrina del propio Tribunal.<sup>565</sup> Por todo ello, el Tribunal, sin entrar en mayores profundidades, estimó que todos *“los aspirantes son tratados por igual”*, por lo que el sistema era plenamente constitucional.<sup>566</sup> Hay que decir que las SSTC 185/1994 y

---

<sup>562</sup> SSTC 185/1994, de 20 de junio, 238/1994, de 20 de julio, 11/1996, de 29 de enero y 83/2000, de 27 de marzo.

<sup>563</sup> STC 83/2000, de 27 de marzo, F.J. 4º: “No nos encontramos ante pruebas restringidas, ya que en primer lugar, a las mismas podían presentarse aspirantes que nunca hubieran desempeñado puestos docentes en la Administración educativa.

<sup>564</sup> STC 185/1994, de 20 de junio, F.J. 6º: “Es evidente que los servicios prestados no puntúan doblemente, en dos momentos o fases distintas del proceso de selección, sino que se computan separadamente dentro de esa valoración ponderada y global”.

<sup>565</sup> STC 185/1994, de 20 de junio, F.J. 6º: “El máximo de seis puntos que las Comisiones pueden otorgar a los profesores interinos por la previa experiencia docente representa el 31,57 por ciento del total de puntos que pueden obtenerse en los tres cómputos que integran el procedimiento de selección....por lo que puede considerarse que se sitúa dentro del límite de lo tolerable (STC 67/1989, F,J, 4º)”

<sup>566</sup> “Si, como queda expuesto en el fundamento jurídico 3. de esta Sentencia, esa diferencia de trato obedece a circunstancias que no pueden reputarse como arbitrarias o irrazonables, en atención a la finalidad que inspira el procedimiento de selección previsto en la Disposición transitoria quinta, apartado 3., de la L.O.G.S.E., de carácter excepcional y como tal restringido en el tiempo; si la preferencia en favor de los profesores interinos, considerada en su incidencia sobre el total de la puntuación que

11/1996 contaron con el voto particular del Magistrado don José Gabaldón López. Según este Magistrado, en un sistema como el analizado la puntuación otorgada en concepto de experiencia previa *“tendrá finalmente un peso decisivo hasta el punto de colocarles (a los interinos) en una situación preferente con muchas más posibilidades de obtener plaza”*.<sup>567</sup>

Con una mayor profundidad estudió el Tribunal Supremo la constitucionalidad del sistema de acceso regulado por el R.D. 574/1991, especialmente en la STS de 9 de diciembre de 1997<sup>568</sup>, con ocasión de un recurso de casación interpuesto por la Generalidad Valenciana contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia. La sentencia de la sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia consideró que esa normativa de acceso vulneraba los principios de igualdad, mérito y capacidad que se consagran en los artículos 23.2 y 103.3 CE<sup>569</sup>. Para llegar a esta conclusión la Sala argumentaba que no pueden entenderse garantizados los principios de

---

puede alcanzarse no rebasa el «límite de lo tolerable» y, por último, si tal preferencia sólo opera, dentro de la «valoración ponderada y global» que establece dicha norma, cuando se ha superado una determinada puntuación en atención a los conocimientos y méritos académicos, sin que pueda agregarse parcialmente al cómputo de aquéllos, sólo cabe concluir que, en el presente caso, no se ha lesionado el derecho de los recurrentes a acceder en condiciones de igualdad que el art. 23.2 C.E. reconoce.” (F.J. 6º)

<sup>567</sup> “Los 6 puntos de máxima que pueden alcanzarse por servicios prestado, aunque sólo signifiquen algo menos de la tercera parte del total posible por todos los conceptos, son sin embargo un 45 por ciento de la suma de todos los demás conceptos valorables. De estos últimos, el de mayor significación (10 puntos) es el que valora los conocimientos curriculares que, sin embargo, en el cómputo final tendrá un peso inferior al de los 6 puntos por servicios prestados, puesto que obtener nota máxima o aproximada en el examen de conocimientos será lógicamente excepcional y propio de pocos aspirantes, en tanto que acreditar el máximo por servicios constituirá un resultado no sólo frecuente sino incluso general, dado que pueden obtener hasta 1,5 puntos por año de servicios y la antigüedad de sus nombramientos prácticamente pronostica unos máximos generalizados. Los no interinos quedarán necesariamente en desventaja pues las plazas se otorgan finalmente por orden de puntuación total.” Voto particular del Magistrado José Gabaldón López a la STC 185/1994, de 20 de junio

<sup>568</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 7460/1997, de 9 de diciembre.

<sup>569</sup> Ver sentencia dictada en 24 de diciembre de 1993 por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, especialmente los fundamentos de derecho cuarto y quinto.

mérito y capacidad si no se confiere a la prueba de conocimientos carácter eliminatorio. Según la Sala *“no puede sostenerse como una peculiaridad la posibilidad de añadir méritos a aquella valoración, ya que supone la posibilidad de suplir la inexistencia actual de conocimientos.”*<sup>570</sup> Sobre estas bases la sentencia razonó la necesaria existencia de una fase de oposición con carácter eliminatorio, para los que no superen en ella cinco puntos; y de un posterior concurso de méritos, entre los que superen la primera, en cuyo concurso se sumarán los correspondientes méritos, declarando el Tribunal no acumulables en la fase de oposición los méritos del concurso, tal y como establecía el R.D 574/1991, hecho que la sentencia consideró contrario a los principios constitucionales referidos.

Sin embargo el Tribunal Supremo rechazó estas argumentaciones y avaló la constitucionalidad del sistema de acceso que estamos analizando. Según la referida STS de 9 de diciembre de 1997, la primera fase *“no es una oposición al modo de las que se realizan para el ingreso en los grandes cuerpos funcionariales”* sino una *“prueba mixta”* en que los conocimientos se demuestran mediante los que se acreditan oralmente, y el añadido de otros previamente adquiridos a través del expediente académico o cursos de formación permanente. Mediante este curioso razonamiento el Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que *“no cabe decir que no se respetan los principios de mérito y capacidad del art. 103.3 CE, cuando para medir los conocimientos sobre los contenidos cuniculares que deberán impartir los candidatos, se utilizan méritos académicos preexistentes propios de la fase de concurso, o impropios para esa finalidad, ya que los previstos en el caso concernientes al expediente académico, títulos o cursos de perfeccionamiento, sirven también para acreditar la posesión de conocimientos.”* (Fundamento de

---

<sup>570</sup> Ciertamente con el sistema diseñado por el R.D 574/1991 un aspirante que hubiera sido calificado con un 2 en la prueba oral sobre un tema de su especialidad (por ejemplo matemáticas), aprobaría la prueba de conocimientos mediante la incorporación de 3 puntos provenientes de cursos de perfeccionamiento, como por ejemplo los impartidos por los sindicatos.



derecho cuarto)

Esta cuestión nos remite a la cuestión relativa al contenido y alcance del principio constitucional de capacidad. La corriente doctrinal dominante<sup>571</sup> vincula el principio de capacidad con el sistema selectivo conocido como oposición, es decir, con la celebración de una o más pruebas para determinar la capacidad y la aptitud de los aspirantes. Así la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 1986<sup>572</sup>, establece que los elementos determinantes de la capacidad son aquellos que se acreditan en pruebas teóricas o prácticas que realizan los aspirantes sobre un temario predeterminado, destinadas a verificar los conocimientos y la capacidad de los aspirantes en relación a la función pública a la que se accede. Por su parte, el mérito abarcaría aquellos elementos que, al margen de todo tipo de pruebas, hacen referencia a la cualificación obtenida por los aspirantes a lo largo de su trayectoria personal y profesional, tales como el trabajo desarrollado, la formación de perfeccionamiento recibida, la antigüedad, las publicaciones, etc.

Desde este planteamiento cabe preguntarse si es acorde con los principios constitucionales estudiados un sistema de acceso que desnaturalice de tal modo la fase de oposición que esta apenas carezca de sentido y sea más un mero trámite que una verdadera prueba que acredite los conocimientos necesarios para el acceso a una función pública. ¿Se cumple el principio de capacidad cuando un aspirante a profesor de matemáticas accede a la función pública habiendo obtenido una calificación de dos sobre diez en la prueba de conocimientos de su especialidad?

En este sentido es interesante citar una más cercana STC 239/2004 que declaró inconstitucional un concurso-oposición en la Comunidad valenciana que instauró un sistema de mochila que permitía aplicar los puntos obtenidos por los servicios prestados a la fase de oposición. Lo interesante de la sentencia es su razonamiento al

---

<sup>571</sup> Ver el apartado VIII, apartado 2 de la parte primera de este trabajo, dedicado al significado y alcance de los principios de mérito y capacidad.

<sup>572</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 5911/1986, de noviembre.

expresar que el los servicios prestados “*al ser un mérito, en principio, sólo puede ser valorado en la fase de concurso que es donde deben valorarse los méritos de los aspirantes, y no en la fase de oposición, ya que esta fase consiste en la realización de pruebas que determinen la capacidad de los aspirantes.*”<sup>573</sup> Parece claro que con este criterio el sistema excepcional de la LOGSE no hubiera pasado el filtro constitucional.

Resulta evidente que sistemas de esta naturaleza están diseñados con el no disimulado propósito de favorecer el acceso de los funcionarios interinos. Una fase de oposición descafeinada junto a una valoración más que generosa de los servicios prestados, coloca a los funcionarios interinos en una situación de ventaja casi insalvable para quien no tenga ninguna antigüedad. El Tribunal Constitucional estima que no se vulnera la igualdad en el acceso si “*no excluye por entero de la competición*” a quienes carecen de antigüedad<sup>574</sup>. Esto, si bien es cierto desde un plano meramente teórico, se convierte en la práctica en un obstáculo insalvable para quienes carezcan de experiencia, no siendo infrecuentes situaciones en que aspirantes con un diez de calificación en la fase de oposición no acceden a la función pública.

Como veremos en el siguiente epígrafe de este trabajo, hay muchos más sistemas, además del analizado en este caso, para desnaturalizar la fase de oposición en beneficio de los funcionarios interinos. Cabe preguntarse hasta dónde es posible llegar con estas prácticas y cuál es el contenido y alcance real de los principios constitucionales de mérito y capacidad, inherentes al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública.

---

<sup>573</sup> STC 239/2004, de 29 de junio, F.J. 3º.

<sup>574</sup> Véase STC 67/1989, de 18 de abril

## **7. EL SISTEMA EXCEPCIONAL DE ACCESO DE LA LEY ORGÁNICA 2/2006 DE EDUCACIÓN**

La vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, establece en su disposición transitoria decimoséptima nuevamente un sistema excepcional de acceso previsto para un periodo temporal de cuatro años. Este sistema, que estuvo operativo desde el año 2006, en que se aprobó la actual Ley de Educación, hasta el año 2011, es particularmente interesante pues reúne, a nuestro juicio, muchas de las características que han sido analizadas a lo largo de este trabajo y algunas novedades que merecen ser analizadas.

### **7.1 La excepcionalidad en el sistema transitorio LOE**

La Disposición transitoria decimoséptima de la LOE, bajo el epígrafe “acceso a la función pública docente” establece en su apartado 1 lo siguiente:

El Ministerio de Educación y Ciencia propondrá a las Administraciones educativas, a través de la Conferencia Sectorial de Educación, la adopción de medidas que permitan la reducción del porcentaje de profesores interinos en los centros educativos, de manera que en el plazo de cuatro años, desde la aprobación de la presente Ley, no se sobrepasen los límites máximos establecidos de forma general para la función pública.

Hemos visto hasta ahora como el Tribunal Constitucional ha validado diversos sistemas excepcionales de acceso bajo unas determinadas condiciones. La STC 27/1991 argumentó que la creación de una nueva Administración autonómica suponía una situación excepcional que justificaba el establecimiento de un sistema excepcional de acceso por una sola vez, posteriormente, la STC 185/1994 validó el sistema transitorio LOGSE al entender que esta Ley

suponía una reforma integral del sistema educativo con importantes repercusiones en todos los aspectos de la enseñanza, incluido el profesorado, que justificaba un procedimiento excepcional de acceso que favoreciera a los funcionarios interinos.

El sistema transitorio regulado en la LOE persigue una finalidad que el Tribunal ha venido considerando legítima, cual es la consolidar el empleo público temporal.<sup>575</sup> Lo que ciertamente plantea dudas más que justificadas es que se trate de un remedio excepcional para una situación excepcional. Como señala la mencionada STC 185/1994<sup>576</sup>, la LOGSE supuso una reforma global y en profundidad del sistema educativo, para adaptar su estructura y funcionamiento a los mandatos que en materia educativa se derivan de la Constitución y que tuvo indudable trascendencias en todos los aspectos del sistema educativo incluido el profesorado. La actual Ley Orgánica de Educación carece sin duda de tal singularidad, pues, sin negarle su carácter de importante reforma, no modifica las estructuras básicas del sistema educativo, ni en cuanto a las enseñanzas establecidas, ni en cuanto al régimen de los funcionarios docentes. Cabe preguntarse entonces si la mera aprobación de una nueva Ley educativa puede entenderse como una situación excepcional que requiera una medida como la adoptada, máxime cuando la situación de los funcionarios interinos docentes ya fue atendida por la LOGSE años atrás.

En este sentido es fundamental recordar la más reciente doctrina del Alto Tribunal en su STC 130/2009 acerca de la excepcionalidad de este tipo de sistemas de acceso a la función pública. En dicha sentencia, que ya hemos tenido ocasión de comentar,<sup>577</sup> se afirma que

---

<sup>575</sup> “La finalidad de consolidar el empleo público temporal no puede considerarse a priori constitucionalmente ilegítima, ya que pretende conseguir estabilidad en el empleo para quienes llevan un periodo más o menos prolongado de tiempo desempeñando satisfactoriamente las tareas encomendadas.” STC 107/2003, de 2 de junio F.J. 5º.

<sup>576</sup> Ver STC 185/1994, de 20 de junio, F.J. 3º.

<sup>577</sup> Ver apartado 2.2.2 de la segunda parte de este trabajo “Admisión de las pruebas restringidas en situaciones excepcionales”.

*“no resulta admisible que el carácter excepcional de la situación creada sea alegado por aquel (la Comunidad foral Navarra) que, con sus decisiones...ha contribuido a crearla, y tras ello lo aporte como fundamento para justificar una decisión que, por su carácter limitativo de un derecho fundamental, ha de ser necesariamente configurada de forma restrictiva.”*<sup>578</sup>

Resulta evidente, a la luz de la experiencia acumulada a lo largo de los últimos cuarenta años, que la situación de importantes bolsas de funcionarios interinos, especialmente en el ámbito docente, es un problema crónico derivado de un funcionamiento anormal de nuestra Administración.<sup>579</sup> No parece admisible, como dice el Tribunal, que la Administración alegue como una circunstancia excepcional que justifica restringir un derecho fundamental el elevado número de funcionarios interinos, cuando la propia Administración ha contribuido a crear esa circunstancia por una gestión inadecuada de sus recursos humanos. La presunta excepcionalidad se ha convertido, pues, en una patente de corso para justificar sistemas de acceso que degradan el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a la función pública.

## **7.2 Devaluación de la fase de oposición en el sistema transitorio de la LOE**

La Disposición transitoria decimoséptima apartado 2 de la LOE establece una fórmula que nos recuerda a las vistas en otras épocas y situaciones:

“Durante los años de implantación de la presente Ley (cinco años), el acceso a la función pública docente se realizará mediante un procedimiento selectivo en el que en la fase de concurso se

---

<sup>578</sup> STC 130/2009, de 1 de junio, F.J. 5.

<sup>579</sup> La excesiva temporalidad en el empleo público y las causas de la misma son analizadas por L. FERNÁNDEZ DELPUECH, en Una reconstrucción de los principios demérito y capacidad en el acceso al empleo público, cit. en nº 436, pág. 330 y ss.

valorarán la formación académica y, de forma preferente, la experiencia docente previa en los centros públicos de la misma etapa educativa, hasta los límites legales permitidos. La fase de oposición, que tendrá una sola prueba, versará sobre los contenidos de la especialidad que corresponda, la aptitud pedagógica y el dominio de las técnicas necesarias para el ejercicio de la docencia”.

Este sistema excepcional de acceso tuvo su desarrollo normativo en el R.D. 276/2007, de 23 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes y concretamente en el Título VI del mencionado Real Decreto. El artículo 58 de la mencionada disposición determinó las líneas maestras del sistema de acceso:

“Durante los años de implantación de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que conforme a la disposición adicional primera será de cinco años, el ingreso a la función pública docente se realizará mediante un procedimiento selectivo en el que, en la fase de concurso se valorarán la formación académica y, de forma preferente, la experiencia docente previa en los centros públicos de la misma etapa educativa, hasta los límites legales permitidos. La fase de oposición, que tendrá una sola prueba, versará sobre los contenidos de la especialidad que corresponda, la aptitud pedagógica y el dominio de las técnicas necesarias para el ejercicio de la docencia.”

Por un lado el procedimiento de acceso privilegia a los funcionarios interinos al valorar de forma preferente la experiencia docente “*hasta los límites legales permitidos*”.<sup>580</sup> Por otro lado se devalúa la fase de oposición como ahora veremos.

---

<sup>580</sup> El art. 61.3 del EBEP estableció que a la valoración de los méritos deberá otorgarse una “puntuación proporcionada” que no determine en ningún caso, por sí misma, el resultado del proceso selectivo. De enorme trascendencia en la determinación del límite cuantitativo en la valoración de los méritos es la STC 67/1989, de 18 de abril F.J. 4º, ya analizada en un apartado anterior.

La oposición constaba de una prueba estructurada en dos partes. La parte A tenía por objeto la demostración de los conocimientos específicos de la especialidad para impartir docencia. La parte B, que se dividía a su vez en tres partes, se orientaba a la comprobación de la aptitud pedagógica del aspirante y de las técnicas necesarias para el ejercicio docente. La parte B.1 se desarrollaba mediante la presentación de una unidad didáctica y su defensa ante el tribunal. La parte B.2 consiste en la preparación, exposición y defensa ante el tribunal de una unidad didáctica de la programación presentada por el aspirante. Cabía la posibilidad, en determinadas especialidades, de un ejercicio B.3 de carácter práctico. La parte A se valoraba un 40% de la nota de oposición, mientras a la parte B le correspondía el 60% restante.

Lo novedoso del sistema, respecto a los sistemas habituales de acceso a la función docente<sup>581</sup>, es que las distintas pruebas no eran eliminatorias. Ello suponía que el aspirante que no superara la parte A, que tenía por objeto la demostración de los conocimientos específicos de la especialidad para impartir docencia, no quedaba eliminado, si obtenía en la parte B los puntos necesarios para alcanzar el cinco. Resulta evidente que para un funcionario interino no era demasiado difícil la presentación y defensa de una programación didáctica. Pero lo realmente sorprendente es que podía aprobar la fase de oposición un aspirante a una función docente que fuera calificado con un cero en la prueba de acreditación de los conocimientos propios de su especialidad. Sin duda, nunca se había llegado tan lejos en los procesos de desvalorización de las oposiciones y, por ende, del principio constitucional de capacidad.

Por otro lado, la parte A de la oposición, consistía en el desarrollo por escrito de un tema elegido por el aspirante entre un número de temas extraídos al azar. Un sencillo procedimiento para abaratar las oposiciones, previsto también en el sistema transitorio de acceso, fue

---

<sup>581</sup> El propio Real Decreto 276/2007 establece en el sistema ordinario de acceso regulado en el art. 21, que las pruebas tendrán carácter eliminatorio.

incrementar el número de temas extraídos al azar para que el aspirante goce de más posibilidades de éxito. Así en una especialidad cuyo temario era de 51 temas se extraían cinco bolas al azar entre las que el aspirante escogería el tema a desarrollar.

Todas estas prácticas y otras similares han sido objeto de dura crítica por parte de la doctrina<sup>582</sup>. Así el profesor PARADA<sup>583</sup> sostiene que estas fórmulas no son sino formas encubiertas de conversión de funcionarios interinos en funcionarios de carrera, a través de unas oposiciones simuladas o si se prefiere abaratadas en la exigencia de conocimientos y rigores de pruebas.

### **7.3. Exención de prueba selectiva a los funcionarios interinos: vulneración del derecho a la igualdad**

Como se ha dicho, el artículo 61 del Real Decreto 276/2007 reguló de manera detallada la fase de oposición del procedimiento selectivo, que dividió en dos partes A y B, y, a su vez, la parte B constaba de tres ejercicios el segundo de los cuales B.2 consistía en la preparación, exposición y defensa de una unidad didáctica de la programación entre

---

<sup>582</sup> A. NIETO, *La nueva organización del desgobierno*, Barcelona: Ariel, 1998, pág 168: “Los sindicatos tienen su clientela fundamentalmente en el personal interino y temporero de las categorías inferiores y en ellos concentran lógicamente sus desvelos arrancando del Estado en su beneficio los privilegios más escandalosos, especialmente en material de acceso y ascensos, a cuyo efecto se han convertido buena parte de las oposiciones, aunque no todas desde luego, en una auténtica burla.”

M. SÁNCHEZ MORÓN, “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, cit. en nº 185, pág. 397: “Es más, el problema se ha agravado en la medida que aumenta el porcentaje de personal laboral y la tasa de temporalidad en las Administraciones Públicas, más en unas que en otras, ya que la selección de personal laboral y de internos y contratados temporales es mucho menos rigurosa en general que la de los funcionarios de carrera. Pero, como frecuentemente sucede, una vez que han accedido al empleo público, tanto uno como otro tipo de personal procura alcanzar, sea la condición de funcionario de carrera, sea un contrato fijo a través de procedimientos ventajosos, que sitúa en posición de desigualdad a otros candidatos.

<sup>583</sup> J.R. PARADA VÁZQUEZ, en *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público...* cit. en nº 241, pág. 484.



tres extraídas al azar.<sup>584</sup> Pero, a continuación, estableció la siguiente excepción al procedimiento general respecto al profesorado interino:

“Las Administraciones educativas, en el caso del profesorado interino que estuviera en activo, conforme se determine en sus respectivas convocatorias, podrán sustituir este ejercicio por un informe, que a tal efecto y a instancias del aspirante elaboren dichas Administraciones, en el que se valoren los conocimientos del aspirante acerca de la unidad didáctica. En dicho informe que, de conformidad con las funciones atribuidas a los órganos de selección en el artículo 6 de este Reglamento, será juzgado, valorado y calificado por el Tribunal correspondiente, deberá acreditarse, al menos, la concreción de los objetivos de aprendizaje que se han perseguido en las unidades didácticas, sus contenidos, las actividades de enseñanza y aprendizaje que se plantean en el aula y sus procedimientos de evaluación.”

Es decir, que en aquellas Comunidades en que así se decidiera, el profesor interino que estuviera en activo podría elegir entre realizar la prueba consistente en la exposición y defensa de una unidad didáctica ante el tribunal, o bien sustituirla por un informe en el que se acredite una serie de cuestiones referidas a la programación presentada en la parte B.1 de la oposición. Esta posibilidad tan abierta en su formulación, e inédita en la historia del acceso a la función docente, dejó abiertos muchos interrogantes que las singulares convocatorias de cada Comunidad autónoma tuvieron que concretar. Sin analizar como desarrolló este confuso precepto cada Comunidad autónoma, sí señalaremos los aspectos de mayor trascendencia que han tenido

---

<sup>584</sup>Art. 61 RD 276/2007: “B.2) Preparación, exposición y, en su caso, defensa de una unidad didáctica. La preparación y exposición oral ante el tribunal de una unidad didáctica estará relacionada con la programación presentada por el aspirante. El aspirante elegirá el contenido de la unidad didáctica de entre tres extraídas al azar por él mismo, de su propia programación. En la elaboración de la citada unidad didáctica deberán concretarse los objetivos de aprendizaje que se persiguen con ella, sus contenidos, las actividades de enseñanza y aprendizaje que se van a plantear en el aula y sus procedimientos de evaluación.”

desarrollo reglamentario en las distintas convocatorias. Así, por ejemplo, en algunas convocatorias la posibilidad de acogerse al informe se reservó a quienes se encontraran en servicio activo como funcionarios interinos, siendo requisito que el nombramiento hubiera sido en la misma plaza y en el mismo cuerpo al que optaba el aspirante, y con una prestación de servicios mínima de seis meses, mientras que en otras convocatorias sólo se admitió la validez del informe emitido por la propia Comunidad autónoma convocante. En todos los casos, sin embargo, los informes no eran elaborados por el órgano de selección del proceso selectivo, sino por una comisión *ad hoc* designada por la Administración. El tribunal se limitaba a calificar el informe no la actuación del opositor.<sup>585</sup>

---

<sup>585</sup> Como ejemplo transcribimos Resolución de 13 de marzo de 2008, de la Viceconsejería de Modernización y Recursos Humanos del Principado de Asturias, por la que se convocan procedimientos selectivos para acceso e ingreso en los Cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en lo relativo a este polémico informe:

Sustitución del ejercicio B.2: La preparación y exposición de una unidad didáctica podrá ser sustituida, a petición del aspirante, por un informe en el que se valoren los conocimientos del aspirante acerca de la unidad didáctica.

Para ello, el aspirante deberá adjuntar a su solicitud de participación, debidamente cumplimentado, el anexo VI. Esta opción voluntaria no podrá ser modificada en ningún momento posterior del proceso selectivo.

Estarán legitimados para solicitar el informe, los aspirantes que formalizando su solicitud de acuerdo con esta convocatoria reúnan los siguientes requisitos:

Encontrarse en servicio activo, como funcionario interino, siendo requisito que el nombramiento haya sido en la misma plaza y en el mismo cuerpo al que opta el aspirante y con una prestación de servicios mínima de 6 meses, contado todo lo anterior al término del plazo de presentación de solicitudes de participación en el presente procedimiento selectivo

Se entenderá que cumplen estos requisitos, los aspirantes que, por haberse acogido a situaciones amparadas por la normativa vigente, no se encuentren ocupando la plaza adjudicada para el referido curso 2007/2008 o, quienes teniendo un nombramiento para todo el curso 2007/2008, hayan sido removidos de ella por circunstancias derivadas de la planificación educativa u otras circunstancias sobrevenidas.

Aquellos aspirantes que no cumplan los requisitos citados para la emisión del informe y lo hayan solicitado, figurarán expresamente en la resolución por la que se apruebe la lista provisional de admitidos y excluidos con indicación de tal extremo, debiendo, en consecuencia realizar la parte B.2 de la prueba.

Resulta patente que este sistema otorgaba claras ventajas a los interinos sobre aquellos que no lo eran, pues se les dispensaba de la exposición y defensa de una unidad didáctica ante el tribunal, prueba que tenían que superar el resto de los opositores. Podría argumentarse que esta prueba era sustituida por otra, la realización de un informe sobre su programación, aunque parece evidente que ambas pruebas no tenían el mismo carácter ni dificultad. No obstante, donde sí se manifiesta claramente una ventaja del opositor interino es en la posibilidad de éste de optar por la realización de la prueba o por la presentación del informe. Esta posibilidad de escoger una u otra prueba es evidentemente una ventaja en la fase de oposición de la que no gozaban los que no eran interinos.

---

Igualmente si por causas ajenas a la Administración convocante, ésta no dispusiera de acreditación del cumplimiento de los requisitos de un aspirante, éste deberá realizar la parte B.2 de la prueba.

Con el fin de garantizar la objetividad e imparcialidad en la elaboración del informe, los criterios objetivos se hacen públicos en el anexo VI, debiendo acreditarse, la concreción de los objetivos de aprendizaje que se han perseguido en las unidades didácticas, sus contenidos, las actividades de enseñanza y aprendizaje que se plantean en el aula y sus procedimientos de evaluación: Para la evaluación del informe se seguirá el siguiente procedimiento:

- a) Solamente tendrán validez los informes emitidos por esta Comunidad Autónoma.
- b) Los informes serán elaborados por una Comisión formada por tres miembros. Estará presidida por un funcionario del Cuerpo de Inspectores de Educación o del Cuerpo a extinguir de Inspectores al Servicio de la Administración Educativa y dos funcionarios del cuerpo al que opten los aspirantes
- c) La Dirección del Instituto Asturiano de Administración Pública “Adolfo Posada”, una vez recibidas las solicitudes de los aspirantes, acompañadas de la correspondiente unidad didáctica y verificado el cumplimiento de los requisitos, enviará esa documentación a la correspondiente Comisión.
- d) La Comisión correspondiente elaborará los respectivos informes antes del 25 de junio de 2008, debiendo ser remitidos en ese plazo a la Comisión de Selección de la especialidad correspondiente, quien acusará recibo de los documentos.
- e) La Comisión, previa cita concertada, con un mínimo de cuarenta y ocho horas, podrá entrevistar al aspirante en relación con los aspectos contenidos en la unidad didáctica presentada por el interesado.
- f) El Presidente o Secretario de la Comisión de Selección serán responsables de su custodia hasta el momento en que los entreguen a los Presidentes de los Tribunales correspondientes, para su valoración e incorporación a la calificación global y final de la fase de oposición.

Pues bien, el enjuiciamiento de este sistema de acceso desde el punto de vista del derecho a acceder en condiciones de igualdad, reconocido en la Constitución, comprende los siguientes elementos:

a) En primer lugar hay que destacar es que ese tratamiento privilegiado para los funcionarios interinos no venía establecido en la Ley, sino en normas reglamentarias, en concreto en un Real Decreto del Ministerio de Educación y Ciencia y en las respectivas convocatorias de procesos selectivos aprobadas por cada Comunidad autónoma. A este respecto hay que recordar que, como señala el Tribunal Constitucional, la Constitución reserva a la Ley la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuales hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública<sup>586</sup>. Bien es cierto que el propio Tribunal matiza esa postura cuando afirma que “las disposiciones reglamentarias, cuando así lo requiera la Ley, pueden colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada.”<sup>587</sup> Sin embargo en el caso que nos ocupa no parece que la disposición reglamentaria se limitara a completar o particularizar lo dispuesto en la Ley, sino más bien introducir procedimientos privilegiados para los funcionarios interinos no contemplados en la propia Ley. Ello nos lleva a plantearnos si ello no supone una vulneración del art. 23.2 CE, pues, como dice el Tribunal Constitucional, éste puede ser vulnerado cuando por vía reglamentaria “se introduzcan nuevos requisitos o condiciones que limiten el acceso a la función pública a determinados ciudadanos o grupos sin contar para ello con la necesaria habilitación legislativa, excluyendo del goce de un

---

<sup>586</sup> Ver, entre otras, las SSTC 48/1998, de 2 de marzo, F.J. 7, 73/1998, de 31 de marzo, F.J. 3, y 138/2000, de 29 de mayo, F.J. 6.

<sup>587</sup> STC 138/2000, de 29 de mayo, F.J. 6.

derecho a los que la Ley no excluyó.” (STC 138/2000, de 29 de mayo, F.J 6)

b) A continuación hay que determinar si tal desigualdad de trato resulta justificada y razonable de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Ya tuvimos ocasión de cuestionar con anterioridad<sup>588</sup>la constitucionalidad de este procedimiento al entender que un sistema como éste suponía una desigualdad de trato arbitraria e irrazonable, pues la condición de que todos los aspirantes estén sometidos a las mismas pruebas y normas de procedimiento constituye, a nuestro juicio, parte del contenido esencial del derecho fundamental, consagrado en el art. 23.2 CE, sin el cual éste no sería reconocible. El Tribunal Constitucional, a lo largo de la doctrina que hemos ido desgranando a lo largo de este trabajo, ha respaldado sistemas que concedían ventajas a los funcionarios interinos mediante una valoración preferente de la antigüedad o a través del abaratamiento de la fase de oposición. En ningún caso el Alto Tribunal ha avalado sistemas que establezcan normas de procedimiento diferenciadas y ventajosas durante el proceso selectivo para los funcionarios interinos.

c) A mayor abundamiento habría que justificar por qué tenían derecho a este privilegio sólo los interinos que acrediten una prestación de servicios mínima de seis meses y no gozaban de la misma los que acreditaban un tiempo inferior. También cabría preguntarse si el hecho de admitir sólo el informe emitido por la propia Comunidad Autónoma no suponía una discriminación injustificada de aquellos interinos que presten servicios fuera de esa concreta Comunidad autónoma. Igualmente es cuestionable si las normas relativas a los órganos de selección, que tan importantes son para la efectividad del derecho consagrado en el art. 23.2 CE, no se satisfacen plenamente con la

---

<sup>588</sup> J. SÁNCHEZ PIQUERO, “Sobre la constitucionalidad de ciertos sistemas de acceso a la función pública docente no universitaria”, *Revista de Derecho UNED*, Universidad Nacional de Educación a Distancia: Madrid, 2012, pág. 374 y ss.

irrupción de un órgano ajeno al proceso de selección al que se le encarga la elaboración del reseñado informe.

Este sistema fue finalmente objeto de enjuiciamiento por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de julio de 2013,<sup>589</sup> en relación a un concurso-oposición al cuerpo de maestros convocado en Castilla la Mancha mediante este procedimiento singular. El Tribunal Supremo, tras constatar que este sistema otorga claras ventajas a los interinos frente a los que no lo son,<sup>590</sup> anuló finalmente el apartado 2 del art. 61 del Real Decreto 276/2007 con los siguientes fundamentos.

a) En primer lugar, el Tribunal Supremo argumenta que la sustitución del ejercicio B.2 por un informe no garantiza la objetividad y eficacia que ha de reunir cualquier prueba de evaluación o acreditación de capacidades y, en consecuencia no cumple los principios constitucionales de mérito y capacidad.<sup>591</sup> Ello fue puesto de manifiesto de manera muy clara por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

---

<sup>589</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 4201/2013, de 17 de julio.

<sup>590</sup> “En la regla general prevista para el ejercicio B.2, de preparación y exposición oral de la unidad didáctica, el aspirante ha de elegir esa unidad entre tres extraídas al azar, dispone de un escaso tiempo para su preparación y exposición (que ha de realizar personalmente) y, además, esta exposición ha de hacerse de forma pública.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en esa opción alternativa del informe escrito, pues en ella se permite al aspirante elegir directamente con bastante antelación la unidad; y otra diferencia de esa opción alternativa es que se intercala sobre la unidad libremente elegida por el aspirante el informe de una Comisión, que es la que señalará los rasgos, notas y contenidos de esa unidad que habrán de ser el directo objeto de la calificación que hace el Tribunal calificador.

Las diferencias que acaban de señalarse, además de suponer una clara ventaja para el aspirante que sea interino...” STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 4201/2013, de 17 de julio, Fundamento de derecho sexto.

<sup>591</sup> “La realización del Ejercicio B.2 mediante dicho informe ofrece serias dudas de que sea un procedimiento que garantice la objetividad y eficacia que ha de reunir cualquier prueba de acreditación o evaluación de capacidades. Y esto, en primer lugar, porque se permite al aspirante elegir el elemento evaluable, y se establece una actividad intermedia (la de la Comisión) que puede difuminar lo que son los conocimientos o capacidades personales del aspirante; y, en segundo lugar, porque se omite la garantía que, frente a los posibles excesos del Tribunal Calificador, significa siempre el principio de publicidad.” STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 4201/2013, de 17 de julio, Fundamento de derecho sexto.

de Castilla la Mancha que fue objeto de Recurso de Casación<sup>592</sup>: “Sostenemos que el trato es injustificado porque no debe olvidarse que estamos en la fase de oposición, no de concurso, por lo que un informe de la Administración no es un instrumento idóneo para valorar sus conocimientos acerca de la unidad didáctica, que es el objetivo de esta parte B.2). A los profesores interinos ya se les valorará los servicios prestados en la fase de concurso, por lo que no procede sustituir la preparación y exposición de una unidad didáctica por un informe pues, por mucho que se pretenda por la Administración demanda, no puede tener un efecto equivalente o sustitutivo. Un informe con el contenido previsto en la resolución no puede ser equivalente a la preparación y exposición de una unidad didáctica, con la utilización del material que se considera oportuno; los objetivos que se consiguen con uno y otro no son equiparables. La preparación y exposición de una unidad didáctica exige demostrar una aptitud y conocimientos demostrados en una prueba de carácter público, lo que no puede ser equiparado el informe sustitutivo.”

b) En segundo lugar, el Tribunal Supremo entiende que la posibilidad, otorgada sólo a los funcionarios interinos, de sustituir el ejercicio B.2 por un informe instaura una diferenciación irracional y desproporcionada, es claramente discriminatoria y, por tanto, atenta al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública.<sup>593</sup>

---

<sup>592</sup> STSJ Castilla la Mancha (sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 10 de noviembre de 2011, Recurso nº 545/2007.

<sup>593</sup> También es contrario al principio de igualdad (artículos 14 y 23 CE) el contenido del último párrafo del punto B.2 del apartado 2 del artículo 61 del Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero [por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, acceso, y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación].

Ese último párrafo es la norma en que la convocatoria se ha basado para establecer ese aquí polémico informe escrito y es el que fija los elementos principales del mismo determinantes del resultado discriminatorio producido en contra de los aspirantes que no sean profesores interinos: la exclusión de la extracción al azar de la unidad, y de la preparación y exposición de ella directamente por el aspirante ante el Tribunal Calificador; la omisión de la garantía del principio de publicidad; así como la intercalación entre el aspirante y el Tribunal Calificador de una actividad intermedia de la Administración educativa, que hace que lo directamente evaluable por ese

Por todo ello el Tribunal Supremo declaró nulo este sistema excepcional de acceso regulado en el Real Decreto 276/2007 que ha estado en vigor durante años, y por el que han accedido miles de aspirantes a la función pública docente.

## **8. EL ACCESO Y PERMANENCIA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA INTERINA DOCENTE**

El art. 23.2 CE consagra el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública, es decir, a la adquisición de la condición de funcionario de carrera. Por ello, no es objeto de este trabajo el análisis de los sistemas selectivos de los funcionarios interinos bajo el prisma de los principios de igualdad, mérito y capacidad. No obstante, hemos visto en los apartados anteriores como a lo largo de los años han proliferado diversos sistemas excepcionales de acceso a la función pública con el objeto, en la mayoría de los casos, de consolidar el empleo público interino. Por ello, es necesario hacer un breve análisis de la normativa reguladora del acceso a la función pública interina.

### **8.1 Marco normativo general**

Los funcionarios interinos han estado siempre presentes, bajo diversas denominaciones, en la Administración pública española<sup>594</sup>. La Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 los definió como aquellos que por razones de justificada necesidad y urgencia desarrollan funciones retribuidas por las administraciones públicas en

---

Tribunal Calificador no sea la unidad didáctica elaborada personalmente por el aspirante. (Fundamento de derecho séptimo).

<sup>594</sup> Se ha utilizado diversas denominaciones para designar este tipo de empleo como personal interino, personal funcionario interino, funcionario de empleo interino, funcionario interino o con nombramiento interino.



tanto no sea posible su desempeño por funcionarios de carrera y permanezcan las razones de necesidad o urgencia.<sup>595</sup>

En la actualidad el EBEP los conceptúa como aquellos que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados para el desempeño de funciones propias de los funcionarios de carrera cuando se den determinadas circunstancias, como la existencia de plazas vacantes sin cobertura, la sustitución transitoria de los titulares de la plaza, la ejecución de programas de carácter temporal, o el exceso o acumulación de tareas en un periodo determinado.<sup>596</sup> Se trata, por tanto, de un empleo temporal y sometido a la concurrencia de determinados requisitos administrativos.

La selección de este personal debe respetar los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad que, no obstante, están matizados por la necesidad de dar cobertura a las plazas de manera rápida mediante procedimientos ágiles.<sup>597</sup> Las Comunidades autónomas, dentro del ámbito de sus competencias, han regulado reglamentariamente los sistemas de selección de este tipo de personal.

---

<sup>595</sup> Apartado 2 del artículo 5 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, en la redacción dada por el artículo 54 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social:

“Son funcionarios interinos los que, por razones de justificada necesidad y urgencia, en virtud de nombramiento legal y siempre que existan puestos dotados presupuestariamente, desarrollan funciones retribuidas por las administraciones públicas en tanto no sea posible su desempeño por funcionarios de carrera y permanezcan las razones de necesidad o urgencia”.

<sup>596</sup> Art. 10.1 de la Ley /2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público: “Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de los funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.
- b) La sustitución transitoria de los titulares.
- c) La ejecución de programas de carácter temporal.
- d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.

<sup>597</sup> Art. 10.2 de la Ley /2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público

## **8.2 El recurrente problema de la acumulación de grandes bolsas de funcionarios interinos**

El abuso en el nombramiento de funcionarios interinos, más allá de las circunstancias excepcionales que le son propias, ha sido una constante en la Administración pública española y, singularmente, en el ámbito educativo. Así ha sido denunciado por la doctrina en numerosas ocasiones<sup>598</sup> y así lo puso de manifiesto el Defensor del Pueblo, en un informe de 2003 dedicado a este concreto problema: *“la experiencia acumulada, en la tramitación de las quejas recibidas en estos años y en las investigaciones de oficio realizadas, nos ha llevado al convencimiento de que la realidad es muy distinta a la que recoge el citado marco legal y de que los problemas que se derivan del abuso de las interinidades, en puestos que deben ser desempeñados por funcionarios de carrera, y de las situaciones de eventualidad y temporalidad en aquellos empleos laborales que por sus características deberían tener carácter fijo, nos alejan, en este campo, del modelo de función pública diseñado por el legislador.”*<sup>599</sup>

---

<sup>598</sup> Esta situación ha sido advertida recurrentemente por la doctrina desde hace muchos años. Así L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, en *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1983, pág. 459: “Piénsese, por ejemplo, en los abundantísimos supuestos de interinidades, suplencias o como quieran que se denominen las situaciones aparentemente provisionales o transitorias, en las que se suele prescindir de cualquier exigencia acorde con el derecho que examinamos, y que luego en un gran número de casos, se han transformado en relaciones estables.”

Más recientemente, J.R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, cit. en 241, pág. 486: “Como hemos advertido, consecuencia de las necesidades de empleo de las Administraciones públicas y de la complejidad de los procedimientos selectivos es la admisión de empleo temporal en sus formas de interinos y contratados laborales, lo que ha originado grandes bolsas de empleo precario que, con la natural ayuda sindical, han presionado para consolidar su empleo con carácter definitivo. Todo lo cual ha forzado al legislador a habilitar procedimientos que faciliten la conversión de este personal temporal en funcionarios de carrera.”

<sup>599</sup> Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público, Informe del Defensor del Pueblo, Madrid: 2003, pág. 13.

Esta situación, que ha venido repitiéndose a lo largo de los años, evidencia que los responsables públicos no han realizado en este ámbito una gestión adecuada de los recursos humanos cediendo ante presiones sindicales y políticas para estabilizar la condición laboral de este personal.<sup>600</sup> Ello ha determinado que, desde la aprobación de la Constitución de 1978 hasta hoy, se hayan sucedido distintos sistemas excepcionales de acceso a la función pública, especialmente a la docente, con la no disimulada finalidad de facilitar a los interinos el acceso función pública de carrera. Este problema, lejos de solucionarse, se ha agravado en los últimos años por el establecimiento de una muy baja tasa de reposición de los funcionarios que acceden a la jubilación, lo que obliga a su cobertura por funcionarios interinos cuyo número se ha disparado, especialmente en el ámbito docente.

### **8.3 Acceso y permanencia de los funcionarios interinos docentes**

La regulación del acceso a la función pública interina docente es realmente compleja, pues se encuentra recogida en una gran variedad de normas reglamentarias autonómicas, muchas veces fruto de acuerdos de la Administración educativa con los sindicatos docentes.<sup>601</sup>

---

<sup>600</sup> La influencia sindical en los procesos de consolidación de los funcionarios interinos fue denunciada por A. NIETO, en *La nueva organización del desgobierno*, cit. en n° 582, pág. 168: “Los sindicatos tienen su clientela fundamentalmente en el personal interino y temporero de las categorías inferiores y en ellos concentran lógicamente sus desvelos arrancando del estado en su beneficio los privilegios escandalosos, especialmente en materia de acceso y ascensos, a cuyo efecto se han convertido buena parte de las oposiciones, aunque no todas desde luego, en una auténtica burla: durísimas para quienes proceden de la calle y simples para los interinos que han sido previamente nombrados a dedo.”

<sup>601</sup> Andalucía: Decreto 302/2010, de 1 de junio, por el que se ordena la función pública y se regula la selección del profesorado y la provisión de los puestos de trabajo docente.

Aragón: Decreto 96/2011, de 26 de abril, del G° de Aragón, por el que se establece el régimen de provisión de puestos de trabajo de funcionarios docentes no universitarios por personal interino en la CA de Aragón

Asturias: Acuerdo de 14 de mayo de 2014, del Consejo de Gobierno, por el que se ratifica el Acuerdo de la mesa sectorial de negociación de personal docente sobre la

Las listas de interinos se elaboran a partir de los procesos selectivos entre los aspirantes que no han superado dichos procesos y por lo tanto no han obtenido plaza. No obstante, en la elaboración de esas listas la

---

mejora de las condiciones de trabajo y el sistema de elaboración, gestión y funcionamiento de las listas de aspirantes a interinidad en la función pública docente.

Baleares: Resolución de la directora general de Recursos Humanos de 26 de abril de 2012

Canarias: Decreto 74/2010, de 1 de julio, por el que se establece el procedimiento de constitución de listas para el nombramiento de funcionarios interinos

Cantabria: Orden EDU/60/2009, de 8 de junio, por la que se regula la provisión de empleo docente interino en los centros públicos dependientes de la Consejería de Educación de la CA de Cantabria

Castilla león: Acuerdo de 19 de mayo de 2006 de mejora de las condiciones laborales y profesionales del personal docente de centros públicos de enseñanzas escolares de la CA de Castilla y León

Cataluña: Resolución EDU/2053/2010, de 14 de junio

Extremadura: Resolución de 14 de febrero de 2007, de la DG de Trabajo, por la que se dispone la publicación del Acuerdo para el desarrollo de las condiciones laborales del profesorado en el marco de la mejora del sistema educativo extremeño

Galicia: Resolución de 31 de julio de 2013, de la Dirección General de Centros y Recursos Humanos por la que se da publicidad del texto refundido del Acuerdo de 20 de junio de 1995 por el que se regula el acceso y las condiciones de trabajo del personal docente interino y sustituto dependiente de esta consellería que imparte enseñanzas distintas de las universitarias

Madrid: Decreto 42/2013, de 9 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se regula el procedimiento de selección de funcionarios interinos docentes de ámbito no universitario en la Comunidad de Madrid

Murcia: Resolución de 3 de junio de 2013 por la que se dispone la publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia del “Acuerdo de Consejo de Gobierno por el que se establecen las condiciones de la elaboración de la normativa en relación con la contratación de personal interino para desempeñar puestos docentes no universitarios que imparten las enseñanzas reguladas en la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en la Región de Murcia”.

Navarra: Orden Foral 60/2009, de 8 de mayo, del Consejero de Educación, por la que se aprueban las normas de gestión de las relaciones de aspirantes al desempeño, mediante contratación temporal, de puestos de trabajo docentes al servicio del Departamento de Educación.

La Rioja: Orden 10/2006 de 4 de abril, por la que se regula, en régimen de interinidad, la provisión de puestos de trabajo docentes no universitarios en la CA de la Rioja.

País Vasco: Decreto 185/2010, de 16 de julio, Acuerdo que regula las condiciones de trabajo del personal docente no universitario de la Comunidad Autónoma de Euskadi

Valencia: Acuerdo por el que se establece el sistema de provisión de puestos de trabajo en régimen de interinidad suscrito el 23 de noviembre de 2010.

normativa suele favorecer a los que ya son funcionarios interinos en detrimento de los nuevos opositores que no han obtenido plaza.<sup>602</sup>

Por un lado es frecuente la sobrevaloración de los servicios prestados. Recordemos que la STC 67/1989, estableció como límite de valoración de los servicios prestados un 45% de la puntuación alcanzada en la fase de oposición.<sup>603</sup> Pues bien, las normas que regulan la elaboración de las listas de interinos suelen valorar con un mayor porcentaje los servicios prestados que la nota de oposición.<sup>604</sup> Otra ventaja frecuente es la posibilidad que algunas Comunidades Autónomas otorgan de escoger como nota de oposición la más favorable de las obtenidas en varios procesos selectivos, como ocurre en Asturias, Andalucía o Castilla-La Mancha. Ello permite que un aspirante que haya sacado una nota muy baja en la fase de oposición o que, ni siquiera se haya presentado, pueda computar una nota obtenida en un proceso selectivo celebrado años atrás. Por último, varias Comunidades autónomas han regulado la existencia de listas preferentes que blindan a los que ya son funcionarios interinos impidiendo su desalojo por los nuevos aspirantes.<sup>605</sup> Esto es especialmente grave pues impide totalmente que un nuevo aspirante pueda situarse por encima de un interino antiguo y desplazarlo. Estos mecanismos hacen que no sea infrecuente que aspirantes que han obtenido notas brillantes en los procesos selectivos, pero que no han obtenido plaza, no accedan

---

<sup>602</sup> El problema de la incorporación de personal a la Administración Pública como funcionarios interinos sin los adecuados procesos de selección de garanticen el mérito y la capacidad fue advertida, entre otros, por L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER en *Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia*, Pamplona: Aranzadi, 2001, pág. 38: “ Me refiero al generalizadísimo proceso de incorporación provisional o interina de personas al sector público, al margen de los procedimientos rigurosos de selección de funcionarios, utilizando en cambio cualquiera de las posibles modalidades de manga ancha que las nuevas Administraciones han asimilado con prontitud a la perfección”

<sup>603</sup> Ver apartado nº 16.2 “La valoración de los servicios prestados”.

<sup>604</sup> Como ejemplos en Andalucía se valora en un 55% la experiencia y un 20% la nota de oposición; Castilla-León 55% experiencia, 25% oposición; Aragón 50% experiencia, 35% oposición; Extremadura 47,5% experiencia, 30% oposición.

<sup>605</sup> Tienen sistemas con listas cerradas y blindadas las siguientes Comunidades Autónomas: Andalucía, Aragón, Baleares, Cantabria, Cataluña, Galicia, País vasco y Valencia

siquiera a un puesto de interinidad, que están perpetuamente reservados a los interinos con antigüedad. Es evidente que si nos merecen ciertos reparos los sistemas de acceso a la función pública de carrera, la selección de los interinos docentes está muy lejos de ser escrupulosa con los principios constitucionales de mérito y capacidad.<sup>606</sup>

---

<sup>606</sup>Este problema esencial en el acceso a la función pública ha sido profundamente analizado por J.FONDEVILA ANTOLÍN, en *Manual para la selección de los empleados públicos*, Madrid: Wolters Kluwer, 2012. Para este autor “nos encontramos ante uno de los problemas más graves en nuestras administraciones públicas, no sólo por la importante tasa de temporalidad existente actualmente, sino también y en especial, por los mecanismos que hasta el día de hoy se han utilizado para su reclutamiento y que desgraciadamente no han sido un dechado de virtudes y respeto a los principios constitucionales de igualdad mérito y capacidad.”

## **CONCLUSIONES**

## **CONCLUSIONES**

**1.** El reconocimiento del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas responde a la voluntad de eliminar los privilegios de los que gozaban el clero y la aristocracia durante el Antiguo Régimen para acceder a numerosos empleos públicos, como el acceso por herencia o compraventa, pues de este modo dichos empleos quedaban monopolizados por esas clases sociales y vedados al resto de los súbditos. Por ello, el primer reconocimiento de este derecho se encuentra en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Este derecho se reconoce como una manifestación de la idea de igualdad de todos los ciudadanos y se proyecta en un aspecto esencial para el desarrollo del Estado social y democrático de derecho, cual es la participación en los asuntos públicos a través del ejercicio de las funciones públicas.

**2.** El derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas constituye, además, una garantía de la eficacia e imparcialidad de la Administración Pública. De un lado, este derecho, en conexión con los principios de mérito y capacidad recogidos en el artículo 103.3 de la Constitución, trata de asegurar que al frente de los asuntos públicos estarán personas suficientemente capacitadas y, en consecuencia, que el interés general resultará debidamente salvaguardado. De otro lado, el reconocimiento de un derecho a la igualdad en el acceso a la función pública constituye la mejor garantía de la imparcialidad y objetividad de



los servidores públicos al impedir que al acceso a la función pública se realice en base a criterios arbitrarios que condicionarían la actuación de los funcionarios públicos.

**3.** La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 supuso el punto de partida para la expansión de este derecho fundamental y su reconocimiento, aunque con distintas formulaciones, en numerosas constituciones europeas y americanas, bien dentro del catálogo de derechos fundamentales, bien como principio rector del funcionamiento de la Administración Pública, así como en las distintas declaraciones internacionales de derechos que a lo largo del siglo XX se han acordado. En cuanto al constitucionalismo histórico español, desde un principio en él se ha prestado una especial atención al problema del acceso a los empleos y cargos públicos, por lo que este derecho goza una larga tradición en nuestra historia constitucional: todas las Constituciones españolas, desde 1837 han contemplado el derecho de los españoles a acceder a los empleos y cargos públicos, y que ello se hiciera según su mérito y capacidad.

**4.** El art. 23.2 CE reconoce como derecho fundamental el "derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos". A pesar de su redacción aparentemente sencilla, este precepto planteó en un principio ciertos problemas interpretativos que atendieron tanto la doctrina como el Tribunal Constitucional. Así, en un primer momento se interpretó que el artículo 23.2 constituía el reverso del 23.1 (en el que se reconoce el derecho de participación política) y, en consecuencia, que contenía únicamente el derecho al sufragio pasivo, esto es, a acceder a cargos públicos de carácter representativo. Posteriormente, sin embargo, quedó claro que este artículo reconoce, además, otro derecho distinto, el de acceder a funciones no representativas de carácter funcional, ya que los dos términos que recoge el art. 23.2, "funciones" y "cargos", se refieren a realidades distintas: a los "cargos

públicos” de carácter representativo o político se accede a través de una elección, mientras que a las “funciones públicas” se accede a través de procesos selectivos basados en el mérito y la capacidad de los aspirantes. La redacción del art. 23.3 no ha sido excesivamente afortunada y quizás hubiera sido mejor reconocer estos dos derechos en artículos o apartados diferentes, tal y como ocurre en el resto de las constituciones europeas.

**5.** El derecho reconocido en el art. 23.2 CE constituye una manifestación o concreción del genérico derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 CE y, por ello, otorga a sus titulares, en el acceso a la función pública, la posibilidad de reaccionar frente a los actos de los poderes públicos que introduzcan un trato diferente e injustificado respecto al dado a otra persona que se encuentre en la misma situación. Por ello también, para determinar si un tratamiento distinto es o no discriminatorio en el acceso a la función pública, son aplicables los mismos criterios que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido con carácter general para el derecho a la igualdad, distinguiendo según se trate de un tratamiento que se introducido en las normas que regulan el acceso (derecho a la igualdad en la ley), o producido en la aplicación de dichas normas por la Administración Pública y los órganos selectivos (derecho a la igualdad en la aplicación de la ley).

**6.** Actualmente los derechos fundamentales nacionales se deben interpretar en el contexto del “sistema europeo de derechos” formado por los Estados nacionales, el Consejo de Europa y la Unión Europea. En este caso, aunque el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública no tenga reconocimiento expreso en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sí lo tiene el derecho genérico a la igualdad, cuya interpretación tanto en el marco del Convenio como en el

de la Carta ha servido de parámetro para concretar el contenido del derecho general a la igualdad del art. 14 CE, y también, de forma indirecta, del derecho específico a la igualdad del art. 23.2 CE.

**7.** Desde el punto de vista del aspecto subjetivo de los derechos fundamentales, el art. 23.2 CE reconoce un “derecho subjetivo fundamental” a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas. Tres características definen este derecho subjetivo. En primer lugar, es un derecho de participación que forma parte del conjunto de derechos cuyo objeto es asegurar la participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos. En segundo lugar, en tanto que derecho específico a la igualdad, es un derecho no sustantivo de carácter reaccional, pues no confiere el derecho a ocupar una determinada función pública ni a proponerse como candidato a ella, sino la posibilidad de reaccionar ante una norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad en el acceso a la función pública. En tercer lugar, se trata de un derecho de configuración legal que, para alcanzar plena efectividad, necesita la intervención del legislador; éste debe desarrollar y terminar de delimitar el contenido del derecho (regulando los requisitos de acceso y las pruebas o procedimientos selectivos) pero respetando su contenido esencial, cuya determinación corresponde al Tribunal Constitucional, que tiene, en el desarrollo de esta tarea, una especial responsabilidad, pues una interpretación restrictiva de dicho contenido esencial podría suponer su degradación al plano de la legalidad ordinaria.

**8.** Del reconocimiento del derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública en el 23.2 -junto al derecho a acceder a cargos públicos-, y de la interpretación conjunta de los arts. 23.2 y 13.2 CE resulta que sólo los ciudadanos españoles son titulares de este derecho fundamental. No obstante, en aplicación de la libre circulación de trabajadores consagrada en el Tratado Constitutivo de la Unión

Europea, los nacionales de los países miembros pueden acceder a determinadas funciones públicas en España, como la función pública docente, y, aunque no son titulares de un derecho a acceder en condiciones de igualdad a dicha función pública, sí lo son del genérico derecho a la igualdad del art. 14 CE.

**9.** El ámbito en el que se ejerce este derecho es el del "acceso a las funciones públicas". En este sentido hay que precisar, en primer lugar, que, según la interpretación del Tribunal Constitucional, la expresión "funciones públicas" se define con un criterio orgánico o subjetivo, conforme al cual dichas funciones son todas aquellas ejercidas por funcionarios públicos en el sentido del art. 103.3 CE, es decir, vinculados con la administración mediante una relación de servicios de carácter estatutario (preordenada legal y reglamentariamente, y no integrada contractualmente), lo cual excluye los servicios públicos desempeñados por personal laboral al servicio de la administración.

**10.** En segundo lugar, según la jurisprudencia constitucional, este derecho no se ejerce solo en el momento del "acceso" en sentido estricto, esto es, en el proceso de selección en el que una pluralidad de candidatos optan a ingresar en la administración pública como funcionarios de carrera, sino también, y debido a la naturaleza de la relación funcional, en otras situaciones que afectan a los funcionarios públicos a lo largo de su vida laboral: la permanencia y la promoción. Por eso, además de proteger el acceso en condiciones de igualdad, este derecho garantiza a los funcionarios su permanencia en la función pública, reconociéndoles la facultad de no poder ser removidos salvo por las causas y los procedimientos legalmente establecidos, y también la igualdad de condiciones en los procesos de provisión de puestos de trabajo durante la vigencia de la relación funcional.

**11.** El derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas otorga a sus titulares un conjunto de facultades que se ejercen frente al legislador y los aplicadores de la ley. Frente al legislador, en tanto que derecho de igualdad, los titulares del mismo no deben ser tratados por la ley reguladora de un determinado proceso selectivo de forma diferente y sin justificación suficiente para ello. Esta facultad genérica se ha concretado en tres facultades específicas que forman parte del contenido esencial del derecho: la primera, la facultad de exigir al legislador que regule previamente los requisitos y condiciones que van a regir el procedimiento de acceso a una determinada función pública, lo cual no excluye la intervención del reglamento, pero siempre que la ley haya regulado los aspectos básicos y las cuestiones nucleares relativas a requisitos y pruebas de acceso; la segunda, la facultad de exigir que el establecimiento de los requisitos y los méritos se haga mediante referencias abstractas y generalizadas, excluyéndose las referencias individualizadas y concretas, así como la formulación de requisitos y condiciones en sentido negativo; la tercera, la facultad de que los requisitos y condiciones de acceso estén referidos a los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE), de modo que estos principios actúan como parámetro para determinar si se cumplen o no las exigencias de fundamentación objetiva y razonable en el caso de un diferente trato entre aspirantes a acceder a una determinada función pública.

**12.** El derecho del artículo 23.2 CE incorpora también el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, es decir, en el desarrollo del procedimiento selectivo, en el que no podrá haber diferencias de trato injustificadas. En el acceso a la función pública resulta determinante la igualdad en la aplicación de la ley por parte de los órganos administrativos de selección: los tribunales y comisiones de calificación de oposiciones y concursos. El derecho del art. 23.3 les obliga a aplicar por igual a todos los candidatos las normas que rigen el procedimiento

selectivo y a no introducir diferencias entre los aspirantes que no tengan respaldo en los principios de mérito y capacidad. El Tribunal Constitucional, sin embargo, ha realizado una interpretación flexible de la vinculación a la ley de estos órganos, admitiendo que no se vulnera este derecho con la modificación o no aplicación de las bases legales del concurso si esto se hace de igual forma para todos los concursantes, lo cual ha conducido en algunos casos concretos a resultados cuestionables desde el punto de vista de la igualdad de condiciones.

**13.** Tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que ciertos requisitos del procedimiento de selección son esenciales para la efectividad del derecho, y por ello se han establecido legalmente como garantías del derecho fundamental. Estos requisitos son: el primero, la publicidad de las convocatorias y las bases de los procesos selectivos, para evitar procesos ocultos o que busquen impedir la competencia y reservar la plaza para un determinado aspirante; el segundo, la transparencia en el proceso de selección, que exige que todos los trámites del mismo sean claros y conocidos por los aspirantes, lo que facilita el control ante posibles arbitrariedades; y, el tercero, la imparcialidad e independencia de los miembros de los órganos de selección, para que su actuación se conduzca exclusivamente por criterios de igualdad, mérito y capacidad, por lo que la ley exige que estos órganos actúen al margen de instrucciones e influencia de otras personas o instituciones y que la pertenencia a los mismos no pueda delegarse.

**14.** Las garantías jurisdiccionales del derecho a la igualdad en el acceso a la función pública son las propias de todo derecho fundamental reconocido entre los arts. 14 y 30 de la CE. Mención especial hay que hacer del control judicial de la actuación de los órganos de selección, a los que se reconoce discrecionalidad técnica, es decir, capacidad autónoma para valorar los méritos y capacidades de

los candidatos dentro de los términos de las convocatorias y sus bases, lo que implica que su valoración no puede ser sustituida por la de ningún otro órgano administrativo o judicial. Esto no supone la eliminación del control judicial, sino que dicho control tiene ciertos límites o modulaciones debido a la presunción de razonabilidad o de certeza de la actuación de los órganos selectivos basada en su especialización e imparcialidad.

**15.** La Constitución española de 1978 ha optado de forma nítida por un modelo de función pública meritocrático y profesional, al margen de los viejos modelos de patronazgo o confianza política, al establecer expresamente en su art. 103.3 que la Ley regulará el acceso a la función pública profesional de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. El art. 103 CE consagra los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, conforme al modelo de función pública moderna meritocrática y profesional, que se define dos rasgos: el primero, el acceso a los empleos públicos se realiza mediante criterios de mérito y capacidad, lo que implica la realización de sistemas abiertos y competitivos de selección; y, el segundo, la inamovilidad de los funcionarios públicos, que se traduce en restricciones a su cese, que no podrá realizarse de manera arbitraria, sino por causas previamente establecidas en la ley. Con este modelo se trata de garantizar la objetividad y la neutralidad política de los funcionarios en el ejercicio de sus tareas.

**16.** Los principios de mérito y capacidad se encuentran indisociablemente unidos al principio de igualdad en el acceso a la función pública. Sin embargo, la vinculación ente estos principios es fruto de un largo proceso histórico que se inicia en los antiguos sistemas de patronazgo o confianza política, el modelo de función pública que inicialmente se ensayó en todos los países y en virtud del cual cada cambio de gobierno llevaba consigo el cese de la práctica

totalidad de los empleados públicos y su sustitución por otros de confianza del nuevo gobierno. La degeneración de este modelo hasta convertirse en un sistema de botín y reparto de cargos y empleos entre los afines hizo que fuera progresivamente sustituido por los actuales sistemas meritocráticos.

**17.** En España, a pesar de que los principios de mérito y capacidad han estado presentes en todas las Constituciones desde 1837, la historia del acceso a los empleos públicos está plagada de prácticas viciosas, frecuentemente amparadas por normas legales o reglamentarias, que desvirtuaron la efectiva aplicación de estos principios. La facultad del monarca para nombrar o remover a los empleados públicos supuso la generalización de las llamadas *cesantías*, esto es, la depuración sistemática de los empleados públicos reclutados por el enemigo político, hasta la aprobación de la Ley de Bases de 22 de julio de 1918 estableció un nuevo Estatuto de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, que sentó las bases del sistema meritocrático: generalizó el sistema de oposición como vía de acceso a la función pública y estableció la inamovilidad de los empleados públicos que dependían de la Administración, que no podían ser cesados arbitrariamente.

**18.** La doctrina y la jurisprudencia normalmente invocan de manera conjunta los principios de mérito y capacidad, pero es fundamental precisar en qué se diferencian, cuál es el contenido de cada uno de ellos y determinar cómo operan durante el proceso de selección. En este sentido, a pesar de que no existe consenso al respecto, entendemos que por “capacidad” debe entenderse la aptitud necesaria para el buen desempeño una determinada función pública y por “mérito” la aptitud para el desempeño de una determinada función pública que, sin ser indispensable para su buen ejercicio, refleja una mayor idoneidad en el candidato y le hace merecedor del empleo público al que opta. En



consecuencia, para acceder a una determinada función pública el candidato debe cumplir una doble condición: ha de acreditar que posee la aptitud profesional necesaria para el buen desempeño del puesto (capacidad) y que sus aptitudes profesionales para el puesto superan a la de otros posibles competidores (mérito).

**19.** De los principios constitucionales de mérito y capacidad derivan un conjunto de exigencias relativas a la definición y desarrollo de los procesos selectivos para el acceso a la función pública. En primer lugar, estos principios exigen que los requisitos exigidos para acceder a una determinada función pública y los méritos a tener en cuenta durante el proceso de selección guarden una directa conexión con las funciones o tareas propias del puesto al que se opta, es decir, el legislador no puede establecer requisitos artificiosos que poco o nada tengan que ver con las funciones a desempeñar, o méritos desproporcionados obviando otros que reflejen una mayor idoneidad para el puesto. La sutil manipulación de los requisitos y condiciones de acceso con el objeto de favorecer a uno o varios candidatos constituye un reto para el control jurisdiccional y constituye una de las mayores amenazas para el efectivo cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Por otro lado, esta exigencia se ha concretado además en la prohibición de establecer requisitos y condiciones basados en circunstancias personales o sociales y en la mera discrecionalidad como criterio de selección.

**20.** En segundo lugar, y en relación al proceso de selección, los principios de mérito y capacidad imponen: de un lado, la celebración de procedimientos selectivos de carácter competitivo donde los aspirantes puedan demostrar su capacidad y su mayor aptitud, es decir, un tipo de prueba o sistema de selección en el que los candidatos puedan contrastar sus aptitudes con las de sus competidores; y, de otro, que los órganos de selección tengan la capacitación técnica necesaria para

valorar los méritos y capacidades de los aspirantes, ya que de nada valdrían unas normas de acceso que estableciesen los requisitos y condiciones perfectamente ajustados a las exigencias del puesto si el órgano evaluador no cuenta con los conocimientos técnicos necesarios para una correcta valoración de los méritos y capacidades de los candidatos.

**21.** Los principios de mérito y capacidad operan con menos rigor e intensidad cuando se trata la provisión de puestos de trabajo, ya que en el acceso a la función pública ya se han demostrado el mérito y la capacidad, por lo que en estos casos pueden tenerse en cuenta, además de los principios citados, otros criterios encaminados a una mayor eficacia en el funcionamiento de la Administración Pública o a salvaguardar otros valores constitucionalmente protegidos, como es el caso de la protección de la mujer víctima de violencia de género.

**22.** Para analizar el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública docente no universitaria es preciso partir de los elementos constitucionales que determinan la organización del servicio público de la educación no universitaria, que se encuentran en el art. 27 CE. En él se reconocen los derechos que se ejercen en el ámbito educativo, especialmente el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Para garantizar dichos derechos el legislador ha definido un modelo educativo en el que el servicio público de la enseñanza lo prestan directamente los centros públicos educativos e indirectamente centros privados y concertados; ha determinado los distintos niveles, etapas, ciclos y grados de enseñanza, las enseñanzas mínimas y las concretas áreas o materias objeto de aprendizaje; y ha creado la función pública docente, es decir, los cuerpos y especialidades en que se organizan los funcionarios públicos que se encargan de la docencia en los centros públicos.

**23.** Desde el punto de vista de la distribución de competencias que realiza la Constitución, al Estado central le corresponde establecer las bases del régimen de la función pública (art. 149.1.18ª CE), así como las normas básicas para el desarrollo del art. 27 de la CE (art. 149.1.30º). Por ello, ha sido el legislador central en que ha regulado el sistema educativo y las bases de la función pública docente, incluyendo las condiciones básicas de los procesos selectivos de acceso a la función pública docente. Las Comunidades Autónomas, por su parte, han asumido competencias de desarrollo y ejecución en materia, y en concreto, la gestión de todo el personal docente no universitario, lo que implica la determinación de las vacantes, las convocatorias y desarrollo de los procesos selectivos, el nombramiento y cese de los funcionarios, así como las normas que regulan la provisión de vacantes mediante funcionarios interinos.

**24.** La regulación del acceso a la función pública docente se lleva a cabo a través de un complejo conjunto de normas de distinta jerarquía y procedencia. En primer lugar, debido a las particularidades de la función pública docente, las distintas leyes generales de la función pública que ha habido en España han remitido a la legislación educativa la regulación de la práctica totalidad del régimen de este tipo de función pública, incluyendo el acceso a la misma; así, desde la aprobación de la Constitución en 1978 hasta la actual Ley Orgánica de Educación de 2006 han sido cuatro las leyes educativas del parlamento central que han regulado el acceso a la función docente en España. En segundo lugar, puesto que la reserva de ley en esta materia no se considera absoluta, las citadas leyes educativas han sido completadas y desarrolladas con reglamentos reguladores de los sistemas de ingreso a la función pública docente, como el actual Real Decreto 276/2007. En tercer lugar, las Comunidades Autónomas pueden aprobar leyes que desarrollen la normativa básica establecida por los órganos centrales del Estado en esta materia. Y, finalmente, la Consejería de Educación

correspondiente aprueba las bases de la convocatoria de las pruebas selectivas, que constituyen la ley por la que han de regirse las mismas.

**25.** El acceso a la función pública docente ha tenido una regulación bastante uniforme, a pesar de que han sido distintas leyes educativas las que se han ocupado de ello. En todas estas leyes se optado por establecer el concurso-oposición como sistema de selección: en la fase de concurso se valoran, entre otros méritos, la formación académica y la experiencia docente previa; y en la fase de oposición se tiene en cuenta la posesión de los conocimientos específicos de la especialidad docente a la que se opta, la aptitud pedagógica y el dominio de las técnicas necesarias para el ejercicio docente. Sin embargo, estas leyes también han introducido distintos sistemas excepcionales de acceso, que han estado en vigor durante diversos periodos transitorios, con la finalidad de favorecer el acceso de funcionarios interinos, y con marcadas diferencias respecto al sistema general de acceso.

**26.** Según las normas vigentes, el proceso selectivo de acceso a la función pública docente no universitaria se desarrolla del siguiente modo: primero, para participar se deben cumplir los requisitos generales de acceso a cualquier función pública y tener una determinada titulación y formación pedagógica y didáctica; segundo, los órganos de selección son elegidos por sorteo entre funcionarios de carrera en activo de los cuerpos docentes y de la especialidad convocada; tercero, la fase de oposición consta de dos pruebas (la primera tiene por objeto la demostración de los conocimientos específicos de la especialidad docente a la que se opta, mientras que la segunda se orienta a la comprobación de la aptitud pedagógica del aspirante y su dominio de las técnicas necesarias para el ejercicio docente) que tienen carácter eliminatorio; cuarto, en la fase de concurso se valoran como méritos la formación académica y, especialmente, la experiencia docente previa; quinto, la ponderación de las puntuaciones

de las fases de oposición y concurso es de dos tercios para la fase de oposición y un tercio para la fase de concurso; sexto, el proceso selectivo concluye con un periodo de prácticas, con docencia directa, que forma parte del procedimiento selectivo, y que tiene por objeto comprobar la aptitud pedagógica de los aspirantes seleccionados.

**27.** Para valorar esta regulación del acceso a la función pública docente es preciso analizar, en primer lugar, si los requisitos de acceso que ha establecido el legislador cumplen las exigencias que derivan de los arts. 23.2 CE y 103 CE, ya que suponen la exclusión *ab initio* de las personas que no los reúnen. El legislador disfruta para ello de un amplio margen de maniobra, pero siempre que respete los citados preceptos. Entre los requisitos que se exigen destaca la titulación; así, el legislador ha exigido determinados títulos para el acceso a la función pública docente según la especialidad, el cuerpo o escala de que se trate. Con carácter general la exigencia de este requisito no ha planteado dudas desde el punto de vista constitucional, pero sí han surgido conflictos jurisdiccionales de colectivos de titulados que se han considerado discriminados al quedar al margen de determinadas especialidades docentes, así como conflictos en relación a los sistemas excepcionales de acceso que permiten participar en las pruebas selectivas a docentes interinos que carecían de la titulación exigida con carácter general, algunos de los cuales han sido declarados inconstitucionales por ello.

**28.** Algunas Comunidades autónomas han establecido como requisito de acceso el conocimiento de la lengua propia. El Tribunal Constitucional ha entendido que esta exigencia ha de hacerse dentro del necesario respeto a los arts. 14 y 23 CE y, por lo tanto, cumpliendo con las condiciones exigidas a cualquier mérito o capacidad en el acceso a una función pública determinada, es decir, que el requisito del dominio de la lengua vernácula ha de guardar relación con las tareas

propias del puesto al que se accede. A pesar de ello, ciertas Comunidades Autónomas exigen el conocimiento de la lengua propia para el acceso a todas las especialidades docentes sin distinción alguna, incluida la materia de lengua castellana y literatura. Además, el Tribunal Constitucional ha exigido que la medida sea proporcionada, de modo que el fin perseguido (impartir una materia en la lengua vernácula) no pueda ser satisfecho sin una restricción menor del derecho fundamental a la igualdad de condiciones en el acceso. Así, para alcanzar dicho fin, en lugar de establecer el conocimiento de la lengua como requisito de acceso, podría valorarse como mérito o como requisito en la fase de prácticas y no al inicio del proceso selectivo.

**29.** En cuanto a los méritos a valorar y su ponderación, la experiencia docente previa ha sido el mérito que más polémica ha suscitado. No se discute que la experiencia docente se establezca como mérito a valorar, puesto que puede reflejar una aptitud o capacidad para desarrollar ese puesto, pero sí es discutible la sobrevaloración de la experiencia docente previa en relación a otros méritos y a la fase de oposición, que ha sido el medio utilizado para favorecer el acceso de los funcionarios interinos y que puede lesionar el derecho consagrado en el art. 23.2 CE en los casos en que suponga una ventaja tal que impida de facto el acceso a quienes carezcan de experiencia docente.

**30.** En cuanto a valoración del régimen de los órganos selectivos, la designación por sorteo de los miembros de los tribunales es una de las mayores garantías de la independencia de los mismos frente a posibles manipulaciones o consignas, y su pertenencia al cuerpo al que corresponde el proceso selectivo y a la especialidad objeto de la convocatoria garantizan su capacitación técnica y, en consecuencia, su imparcialidad. En cuanto al grado de discrecionalidad técnica con el que actúan, mientras en la fase de oposición tienen un amplio margen de libertad para apreciar la capacidad y los méritos de los aspirantes,

en la fase de concurso en muchos casos se aplican automáticamente determinados baremos previamente establecidos para evitar discrecionalidades. En ocasiones las normas han permitido la participación de órganos administrativos distintos de los tribunales para realizar, por delegación de los anteriores, determinadas tareas de carácter administrativo en la valoración de los méritos del concurso; sin embargo, esta posibilidad tiene ciertos riesgos si se delega la valoración de méritos que exigen un cierto discernimiento y evaluación técnica a los que no deberían ser ajenos los órganos selectivos.

**31.** En cuanto a la valoración del proceso selectivo, la articulación del mismo en dos fases de concurso y de oposición, y el contenido de las mismas, no han planteado dudas de constitucionalidad. No obstante, la última fase de prácticas se ha diseñado de tal modo que únicamente acceden los aspirantes que culminen con éxito las fases anteriores, no pudiendo superar éstos el número de plazas convocadas, de modo que, aunque se trata de una fase más del proceso selectivo, en la praxis es un mero trámite prácticamente irrelevante; con ello se ha perdido la oportunidad de que ésta constituyese un verdadero filtro de la capacidad de los aspirantes, ya que el desarrollo satisfactorio de la función docente implica, no sólo unos conocimientos técnicos, sino también una serie de cualidades y habilidades personales que son difícilmente valorables solo mediante el concurso-oposición. Ello nos lleva a plantear la conveniencia de diseñar esta fase de prácticas como verdaderamente selectiva, de forma que el tribunal pudiese determinar con más elementos de juicio quienes son los aspirantes que más aptitudes tiene para desempeñar la tarea docente.

**32.** Desde 1978 el establecimiento de sistemas excepcionales de acceso a la función pública docente ha sido una práctica recurrente. La excepcionalidad de dichos sistemas responde a dos motivos: el primero, la existencia de algún problema coyuntural que el legislador ha

entendido que requería una regulación específica de acceso distinta a la general (en la mayoría de los casos, la necesidad de consolidar las grandes bolsas de funcionarios interinos que periódicamente se forman en el seno de las distintas administraciones públicas); el segundo, su carácter transitorio, ya que se diseñan para ser aplicados durante un periodo limitado de tiempo en el que se pretende resolver el problema circunstancial antes señalado.

**33.** El principal sistema excepcional de acceso a la función pública docente han sido las "pruebas restringidas", que se caracterizan porque en ellas solo puede participar un colectivo previamente determinado: en la mayoría de los casos, funcionarios interinos o contratados temporales. Estas pruebas han planteado numerosas dudas de constitucionalidad que ha tenido que resolver el Tribunal Constitucional. En su jurisprudencia, el Tribunal ha afirmado que, en principio, las pruebas restringidas son contrarias al derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad la función pública; sin embargo, esa diferencia de trato puede considerarse razonable, proporcionada y no arbitraria si se cumplen tres requisitos: primero, que sean un medio adecuado para resolver una situación excepcional y, por lo tanto, que sean una solución transitoria o temporal respecto al sistema ordinario de acceso; segundo, que estén expresamente previstas en una norma con rango de ley; y, tercero, que tengan por objeto alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima (en la mayoría de los casos, la estabilidad del personal docente que, presuntamente, favorecería una mayor eficacia de la Administración educativa) y superen el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (que no haya un sistema menos lesivo para el derecho a la igualdad de condiciones en el acceso).

**34.** En el ámbito docente las pruebas restringidas funcionaron desde 1977 hasta 1986, siendo la regla general que, durante casi diez años, se



convocasen al mismo tiempo las pruebas selectivas de "turno libre" y la de "turno restringido". Esto significa que su carácter "excepcional" y "transitorio" fue más que cuestionable. En cuanto a su finalidad, el Tribunal Constitucional admitió en un principio como constitucionalmente legítimo el objetivo de atender las expectativas de acceso a la función pública creadas por la necesidad de instaurar una nueva Administración autonómica y contribuir a la estabilidad y eficacia de la misma. Sin embargo, no parece tan clara la relación entre una medida que persigue la integración en la función pública de personas ya vinculadas con la Administración y una mayor eficacia de la Administración pública; tampoco parece adecuada la medida, ya que el problema de la creación de bolsas de interinos no se terminó de resolver con ella; y aún menos clara parece la proporcionalidad de la medida, en el sentido de que la finalidad constitucional que se persigue no pueda alcanzarse con otras medidas menos gravosas para el derecho a la igualdad en el acceso.

**35.** El segundo sistema excepcional utilizado para el acceso a la función pública docente ha sido la "funcionarización de personal laboral fijo". Se trata de un tipo de sistema restringido de carácter singular que funciona casi como un sistema promoción profesional y que se justificaría por la necesidad de dar solución a un colectivo singular, el del personal laboral fijo, que desempeña puestos de trabajo reservados a funcionarios públicos. La compatibilidad de este tipo de sistemas con el derecho reconocido en el art. 23.2 CE suscita diversas dudas. En primer lugar, nuevamente cabe dudar de su "excepcionalidad" y "transitoriedad" ya que estos procesos se convocan de manera prácticamente ininterrumpida desde 1988 (año en que previeron legalmente). En segundo lugar, es posible que lesionen el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública, que prohíbe cualquier reserva, explícita o encubierta de funciones públicas a personas individualmente determinadas; aunque el Tribunal

Constitucional ha realizado una interpretación benévola afirmando que no existe en estos casos una reserva *ad personam*, lo cierto es que en muchos casos funcionan como sistemas de reserva de plazas para candidatos perfectamente identificables. Por último, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, estos procesos pueden utilizarse única y exclusivamente para funcionarizar a personal laboral fijo que haya pasado un proceso selectivo, regido por los principios de igualdad, mérito y capacidad, para alcanzar su contrato laboral, y no a personal laboral que no cumpla estos requisitos.

**36.** Es también un sistema excepcional de acceso a la función pública el llamado "sistema de acceso directo", esto es, aquel en el que se determina el ingreso automático sin ningún tipo de prueba selectiva que permita verificar las capacidades y méritos de los candidatos. Este sistema funcionó en España desde 1970 hasta 1984, año en que se aprueba la Ley de Reforma de la Función Pública, y posteriormente ha intentado utilizarse también en alguna ocasión. El Tribunal Constitucional ha declarado este sistema inconstitucional por ser claramente contrario al derecho consagrado en el art. 23.2 CE debido a que no contempla pruebas selectivas competitivas que se desarrollen en condiciones de igualdad para todos los candidatos.

**37.** Un sistema frecuentemente utilizado para estabilizar a los funcionarios interinos ha sido valorar de manera preferente, como mérito, los servicios prestados a la Administración. Es admisible reconocer los servicios prestados como mérito a valorar en los sistemas de concurso-oposición, aunque sería más ajustado al principio constitucional de mérito que existieran fórmulas fiables de evaluación del ejercicio profesional que permitieran una valoración de los servicios prestados en relación a su nivel de desempeño. El problema se ha planteado por la sobrevaloración de este mérito. Por ello el Tribunal Constitucional ha llegado a fijar un límite cuantitativo, ciertamente

generoso, a la valoración que puede darse los servicios prestados en relación a la fase de oposición. A pesar de ello, el legislador ha tratado de burlar este límite mediante diversos sistemas, como el denominado "sistema de mochila", declarado inconstitucional, consistente en aplicar los puntos obtenidos en la fase de concurso a la fase de oposición si fuera necesario para poder superar ésta.

**38.** La LOGSE instauró un sistema excepcional transitorio en el que se podía superar la fase de oposición sin haber superado la prueba de conocimientos, añadiendo a la nota obtenida en dicha prueba otros méritos académicos o formativos. Con ello se abarataba la fase de oposición para que fuese la fase de concurso, en la que el mérito de la antigüedad tiene un peso determinante, la que decidiera la suerte final del proceso selectivo. Se trata de un ejemplo de desnaturalización de la fase de oposición mediante un sistema diseñado con el fin de facilitar la superación de la oposición, despojándola de su sentido primigenio como prueba selectiva y convirtiéndola incluso en un mero trámite. La constitucionalidad de este sistema fue ratificada por el Alto Tribunal quien, si bien reconoció la patente desigualdad de trato que introducía, la justificó en la importante reforma educativa que supuso la LOGSE y que exigía normalizar la situación del personal al servicio de las Administraciones educativas.

**39.** La vigente Ley Orgánica 2/2006 de Educación estableció un nuevo sistema excepcional con objeto de satisfacer la necesidad de reducir el porcentaje de funcionarios interinos en los centros educativos. Esta finalidad ha sido considerada legítima por el Tribunal Constitucional, pero es evidente que ya no estamos ante una situación excepcional, sino ante un problema endémico de la administración educativa producto de una mala gestión de sus recursos personales, y que este tipo de medidas, ensayadas desde 1970, no se han demostrado eficaces para resolverlo. La pretendida excepcionalidad de la existencia

de grandes bolsas de funcionarios interinos se ha convertido en una patente de corso para justificar sistemas de acceso que degradan el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a la función pública. En cuanto al sistema establecido por la LOE, para favorecer el acceso de los funcionarios interinos se forzaron hasta el límite de lo tolerable los principios de igualdad, mérito y capacidad: las pruebas de la fase de oposición no eran eliminatorias, se incrementó notablemente el número de temas extraídos al azar para que el aspirante gozara de más posibilidades de superar con éxito esa prueba, los profesores interinos en activo podían sustituir la prueba de exposición y defensa de una unidad didáctica por la presentación de un informe elaborado por la Administración en el que se acreditaran ciertas cuestiones referidas a la programación presentada por el aspirante.... Este sistema fue anulado el Tribunal Supremo, que lo consideró contrario a los principios constitucionales de mérito y capacidad.

**40.** El abuso en el nombramiento de funcionarios interinos ha sido una constante en la Administración pública española y, singularmente, en el ámbito educativo. La selección de este personal debe respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad que, no obstante, están matizados por la necesidad de dar cobertura a las plazas de manera rápida mediante procedimientos ágiles. La regulación del acceso a la función pública interina docente es realmente compleja, pues se encuentra recogida en una gran variedad de normas reglamentarias autonómicas, muchas veces fruto de acuerdos de la Administración educativa con los sindicatos docentes, y es manifiestamente mejorable desde el punto de vista constitucional: en la elaboración de las listas de interinos se favorece a los que ya son funcionarios interinos en detrimento de los nuevos opositores que no han obtenido plaza, se sobrevaloran los servicios prestados... La selección de los interinos docentes está muy lejos de ser escrupulosa con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y ello afecta al

derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 CE pues todos los sistemas excepcionales de acceso a la función docente han estado vinculados a la necesidad de estabilizar a los funcionarios interinos.

***ANEXO JURISPRUDENCIAL***

## **ANEXO JURISPRUDENCIAL**

### RELACIÓN DE SENTENCIAS EN MATERIA DE DERECHO A ACCEDER EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LA FUNCIÓN PÚBLICA DOCENTE NO UNIVERSITARIA

#### *TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

- STC 5/1981, de 13 de febrero, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares.

- STC 22/1981, de 2 de julio, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición adicional quinta de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los arts. 14, 35 y 53 de la Constitución.

- STC 42/1981, de 22 de diciembre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 13.2 y la disposición transitoria segunda, apartado primero, de la Ley de la Generalidad de Cataluña, núm. 3/81, de 22 de abril, sobre Bibliotecas.

- STC 53/1982, de 22 de julio, que resuelve un recurso de amparo contra resolución del Presidente de la Comisión ejecutiva Provincial del INEM de Baleares (confirmada por diversas resoluciones

judiciales) por la que se denegó la inserción del representante de USO en la mencionada Comisión.

- STC 60/1982, de 11 de octubre, que resuelve un recurso de amparo contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1982, que declara la inadmisibilidad del recurso contra el cese del Director General de Radio Televisión Española.

- STC 5/1983, de 4 de febrero, que resuelve un recurso de amparo contra acuerdos del Ayuntamiento de Andújar y resoluciones judiciales, sobre cese del cargo de concejal por expulsión del partido político.

- STC 39/1983, de 16 de mayo, que resuelve un recurso de amparo en relación a la revisión por los Tribunales de la valoración de méritos y circunstancias personales en orden a la elegibilidad para el empleo de General de Brigada.

- STC 75/1983, de 3 de agosto, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 28.2 b) del Decreto 1.166/1980, por el que se aprueba la Ley Especial para el municipio de Barcelona, en relación a un concurso para la provisión en propiedad de la plaza de Interventor de Fondos del Ayuntamiento de Barcelona.

- STC 76/1983, de 3 de agosto, que resuelve el recurso previo de inconstitucionalidad contra el proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico y promovido por el Gobierno Vasco.

- STC 85/1983, de 25 de octubre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Generalidad de Cataluña 16/1991, de 10 de julio, de las Policías Locales.



- STC 50/1986, de 23 de abril, que resuelve un recurso de amparo contra Acuerdo de la Comisión Delegada de la excelentísima Diputación Foral de Navarra, de 7 de abril de 1983, que aprobó convocatoria para la provisión de 14 plazas de Oficiales administrativos.

- STC 76/1986, de 9 de junio, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes del Parlamento vasco núm. 11/1983, de 22 de junio, sobre derechos profesionales y pasivos del personal que prestó sus servicios a la Administración Autónoma del País Vasco.

- STC 82/1986, de 2 de junio, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, del Parlamento Vasco, Básica de Normalización del Uso del Euskera.

- STC 83/1986, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 4.2 y 6.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1983 de normalización lingüística en Cataluña.

- STC 84/1986, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 1.2 y 7 de la Ley 3/1983, del Parlamento de Galicia, de normalización lingüística.

- STC 148/1986, de 25 noviembre, que resuelve un recurso de amparo contra una Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, confirmatoria de Orden ministerial de 10 de enero de 1983, en relación con la integración de Profesores agregados de Universidad en el Cuerpo de Catedráticos.

- STC 18/1987, de 16 de febrero, que resuelve un recurso de amparo contra una Resolución del Director General de Correos y Telecomunicaciones por el que se nombra para determinado empleo a funcionario de la Caja Postal de Ahorros.

- STC 26/1987, de 28 de febrero, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno Vasco, contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria.

- STC 99/1987, de 11 de junio, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por 54 Diputados del Congreso contra determinados preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

- STC 193/1987, de 9 de diciembre, que resuelve un recurso de amparo contra una Orden del Ministerio de Administración Territorial, confirmada por Sentencia de la Audiencia Nacional, sobre nombramiento de Secretarios de la Administración Local.

- STC 15/1988, de 10 de febrero, que resuelve un recurso de amparo contra una Orden del Ministerio de Educación y Ciencia, de 21 de octubre de 1985, por la que se convocó concurso de traslados para la provisión de plazas vacantes de Profesores Agregados de Bachillerato.

- STC 10/1989, de 20 de febrero que resuelve un recurso de amparo Contra doce nombramientos de determinados funcionarios, llevados a cabo por la Diputación Foral de Navarra, confirmados por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona.

- STC 67/1989, de 18 de febrero, que resuelve un recurso de amparo Contra Orden de la Consejería de Presidencia y Trabajo de la Junta de Extremadura convocando pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Titulados Superiores de la Administración de la Comunidad.

- STC 47/1990, de 20 de marzo, que resuelve un recurso de amparo contra Instrucción del Subsecretario de Educación y Ciencia de 3 de junio de 1986 por la que se prohíbe que los profesores de religión puedan ser candidatos al cargo de Director.

- STC 27/1991, de 14 de febrero, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad en relación con las Disposiciones transitoria sexta, 4, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública; transitoria sexta, 3, de la Ley, 6/1985, de la Junta de Andalucía, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública, y transitoria novena, 2, de la Ley 2/1987, del Parlamento de Canarias, de 30 de marzo, de la Función Pública de Canarias.

- STC 46/1991, de 28 de febrero, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Nación contra el art. 34 de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/1985, de 23 de julio, de la Función Pública de la Administración de la Generalidad.

- STC 200/1991, de 28 de octubre, que resuelve un recurso de amparo contra Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo dictada en recurso de apelación Supuesta vulneración del principio de igualdad: derecho de consorte.

- STC 151/1992, de 19 de octubre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra

la disposición transitoria novena, 3 y 4, de la Ley del Parlamento de Canarias 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria.

- STC 281/1993, de 27 de septiembre, que resuelve un recurso de amparo contra las bases de la convocatoria para la Provisión de plazas de Administrativos de la plantilla de personal laboral del Ayuntamiento de Leganés (Madrid) aprobadas en sesión del Pleno.

- STC 293/1993, de 18 de octubre, que resuelve un recurso de amparo contra el Acuerdo adoptado por el Pleno de la Diputación Provincial de Alicante, la Resolución de la Presidencia de la Corporación y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de la Comunidad Valenciana. Supuesta vulneración de los derechos de libertad sindical y de acceso a la función pública.

- STC 302/1993, de 21 p de octubre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Nación contra los apartados 2.2 y 2.3 de la Disposición transitoria sexta de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, apartados introducidos en la misma por las Leyes del Parlamento de Andalucía números 6/1988, de 17 de octubre, y 7/1988, de 2 de noviembre.

- STC 353/1993, de 29 de noviembre, que resuelve un recurso de amparo contra Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictadas, frente a Resolución del Ministerio de Justicia en relación con las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos: límites del control judicial de las actuaciones de los tribunales calificadoros de oposiciones o concursos.

- STC 365/1993, de 13 de diciembre, que resuelve un recurso de amparo contra una Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo por supuesta vulneración del derecho a acceder a los cargos públicos: valoración de la idoneidad del candidato propuesto para el desempeño del cargo convocado.

- STC 388/1993, de 23 de diciembre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad Promovido por el Gobierno de la Nación en relación con la disposición adicional tercera de la Ley de Cantabria 4/1993, de 10 de marzo, de Función Pública de dicha Comunidad Autónoma.

- STC 185/1994, de 20 de junio, que resuelve un recurso de amparo contra la Orden de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía por la que se convocó concurso-oposición para el ingreso en determinados Cuerpos de Profesores de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Supuesta vulneración del derecho al acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad: principios de mérito y capacidad.

- STC 269/1994, de 3 de octubre, que resuelve un recurso de amparo contra una Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en impugnación de pruebas de acceso a la Función Pública. Supuesta vulneración del derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos: reserva porcentual de plazas a personas afectadas de discapacidad.

- STC 337/1994, de 23 de diciembre, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad en relación con determinados preceptos de la Ley 7/1983, de 18 de abril, sobre Normalización Lingüística, del Parlamento de Cataluña.

- STC 34/1995, de 6 de febrero, que resuelve un recurso de amparo contra su exclusión de la lista de aprobados en las pruebas de acceso al Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia. Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva: discrecionalidad técnica de las Comisiones examinadoras.

- STC 93/1995, de 19 de junio, que resuelve un recurso de amparo contra la Resolución de la Alcaldía de Valencia, por las que se realizaron los nombramientos en propiedad de Auxiliares Administrativos, derivados de convocatoria efectuada por Acuerdo Plenario.

- STC 11/1996, de 29 de enero, que resuelve un recurso de amparo Contra la Orden que dictó el Consejero de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalidad Valenciana, convocando pruebas selectivas para la provisión de plazas vacantes en el Cuerpo de Maestros.

- STC 115/1996, de 25 de junio, que resuelve un recurso de amparo contra una Orden que dictó el Consejero de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalidad Valenciana, convocando pruebas selectivas para la provisión de plazas vacantes en el Cuerpo de Maestros.

- STC 174/1996, de 11 de noviembre, que resuelve un recurso de amparo contra Acuerdos que, con los ordinales 6º y 7º, adoptó el Pleno del Consejo del Poder Judicial en su reunión de 16 de enero de 1991. Vulneración del derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos: Ingreso en la carrera judicial por el "cuarto turno".

- STC 10/1998, de 13 de enero, que resuelve un recurso de amparo contra Resoluciones del Subsecretario de Justicia y de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, respectivamente, y contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-

Administrativo de la Audiencia Nacional. Vulneración del derecho a acceder, en condiciones de igualdad, a los cargos públicos.

- STC 16/1998, de 26 de enero, que resuelve un recurso de amparo contra Resoluciones de la Consejería de la Presidencia de la Diputación Regional de Cantabria y contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Cantabria. Vulneración del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas: pruebas de carácter restrictivo.

- STC 23/1998, de 27 de enero, que resuelve un recurso de amparo contra Resoluciones del Subsecretario de Justicia y de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia y contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Vulneración del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas: exclusión de la recurrente de un concurso debido a error en la calificación.

- STC 48/1998, de 2 de marzo, que resuelve un recurso de amparo contra Sentencia del T.S.J. de Aragón, dictada en recurso contencioso-administrativo instado contra Resolución de la Diputación General en relación con la convocatoria para el puesto de Secretario General del Servicio Aragonés de Salud, convocatoria de la que se excluía expresamente a Sanitarios, Investigadores y Docentes.

- STC 73/1998, de 21 de marzo, que resuelve un recurso de amparo contra Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que estima recurso de apelación contra la dictada por el T.S.J. de Castilla-La Mancha por la que se declaraba el derecho de la recurrente a que le fuese adjudicada en propiedad la plaza de auxiliar administrativo convocada por el Ayuntamiento de que se trata.

- STC 156/1998, de 13 de julio, que resuelve un recurso de amparo contra la Orden de la Consejería de Administraciones Públicas que resolvía definitivamente concurso de traslado para provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Guardería Forestal de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

- STC 12/1999, de 11 de febrero, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en relación con la Disposición transitoria cuarta de la Ley de Castilla y León 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario.

- STC 83/2000, de 27 de marzo, que resuelve un recurso de amparo respecto de dos Órdenes del Consejero de Educación, Universidad e Investigación del Gobierno Vasco en relación con un proceso selectivo para el ingreso en los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria y Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas en el País Vasco.

- STC 138/2000, de 29 de mayo, que resuelve un recurso de amparo frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que anuló las resoluciones de la Universidad de Granada que habían nombrado Profesora Titular de Farmacia y Tecnología Farmacéutica. Vulneración del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas: la experiencia docente ha sido configurada por la ley como un mérito, y no debe ser convertida en un requisito de acceso a la función pública.

- STC 166/2001, de 16 de julio, que resuelve un recurso de amparo frente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal



Superior de Justicia de Madrid que desestimó su demanda contra la Universidad Politécnica de Madrid por no haber sido nombrado Catedrático de Universidad de mecánica de medios continuos y teoría de estructuras.

- STC 37/2004, de 11 de marzo, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 135 b), último inciso, del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local. Vulneración del derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas: límite máximo de edad para opositar a puesto en la función pública local.

- STC 86/2004, de 10 de mayo, que resuelve un recurso de amparo frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que estimó la demanda contra la Universidad Jaume I de Castellón sobre pruebas selectivas para periodista. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a acceder en igualdad a las funciones públicas: control judicial de la discrecionalidad técnica; personal laboral de las Administraciones; valoración de cursos como méritos.

- STC 31/2006, de 1 de febrero, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad respecto al artículo 10 de la Ley del País Vasco 16/1997, de 7 de noviembre, que modifica la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca, acerca de profesores de ikastolas. Competencias sobre función pública: pruebas de acceso a la función pública docente que no son libres o abiertas ni requieren titulación, lo que vulnera la norma básica estatal y los principios de mérito y capacidad.

- STC 38/2007, de 15 de febrero, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo (redactada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre) y los artículos III, VI y VII del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede.

- STC 78/2007, de 16 de abril, que resuelve un recurso de amparo frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que desestimó su demanda contra Correos y Telégrafos sobre obligación de aportar una motocicleta para el reparto postal.

- STC 30/2008, de 25 de febrero, que resuelve un recurso de amparo frente a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que inadmitieron y desestimaron sus recursos contra el Ministerio de Administraciones Públicas sobre concurso unitario para funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional de 1997.

- STC 87/2008, de 21 de julio, que resuelve un recurso de amparo respecto a la Sentencia y al Auto de nulidad de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid que desestimó su demanda contra la Subsecretaría de Defensa sobre acceso al centro de formación de la Guardia Civil para ascenso a la escala ejecutiva.

- STC 118/2008, de 13 de octubre, que resuelve un recurso de amparo frente a la convocatoria de provisión de una plaza en el Instituto Aragonés de Servicios Sociales.

- STC 126/2008, de 27 de octubre, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la disposición adicional vigésima, uno, de la Ley 66/1997, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, sobre bases de la convocatoria para ingreso como facultativo especialista de área del Instituto Nacional de Salud.

- STC 13/2009, de 19 de enero, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres. Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad en la ley, en el acceso a las funciones públicas y los principios de mérito y capacidad.

- STC 130/2009, de 1 de junio, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición adicional primera, apartado 1, de la Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre, que actualiza el régimen local de Navarra. Principio de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas: pruebas restringidas para acceder a la condición de secretario o interventor de las entidades locales de Navarra.

- STC 113/2010, de 24 de noviembre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad respecto a diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Canarias 8/1999, de 27 de abril, de creación de las escalas de profesores numerarios y maestros de taller de formación profesional marítimo-pesquera. Nulidad de la dispensa de titulación introducida en favor del personal interino.

- STC 27/2012, de 1 de marzo, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad con respecto a la disposición transitoria cuarta de la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta y otras entidades, de recaudación, de

contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros. Derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas: nulidad del precepto legal que regula el acceso a plazas de funcionarios de la Junta de Andalucía atribuyendo una valoración desproporcionada a la experiencia profesional no justificada en la excepcionalidad del procedimiento selectivo.

- STC 29/2012, de 1 de marzo, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 46 de la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, del Parlamento de Andalucía, de coordinación de policías locales. Derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas: validez del precepto legal que introduce un límite máximo de edad para participar en los procesos de acceso por el turno de movilidad con ascenso a los cuerpos de policía local de Andalucía.

- STC 165/2013, de 25 de septiembre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 9/2012, de 19 de julio, por la que se modifica la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la función pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Régimen de cooficialidad lingüística; competencias sobre función pública y principios de seguridad jurídica, igualdad en la ley y autonomía local: constitucionalidad de los preceptos legales autonómicos relativos a la valoración del catalán en el acceso al empleo público y que regulan el uso de las lenguas en la Administración balear.

- STC 111/2014, de 26 de junio, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad en relación con la Ley Foral 19/2013, de 29 de mayo, por la que se autoriza la apertura de un nuevo proceso de funcionarización de las Administraciones públicas de Navarra. Derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas, principios de mérito y capacidad y competencias sobre función pública: nulidad de la ley

foral que contempla la apertura de nuevos procesos de conversión en funcionario del personal estatutario y contratado laboral fijo de la Administración de la Comunidad Foral y del personal laboral fijo de las entidades locales de Navarra.

#### *TRIBUNAL SUPREMO*

- STS (Sala de lo Contencioso) 1419/2011, de 16 de febrero, que resuelve un recurso contra la resolución del tribunal calificador de las pruebas selectivas para el ingreso en el cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, de 22 de septiembre de 2003.

- STS (Sala de lo Contencioso) 66/2012, de 18 de enero, que resuelve un recurso contra Resolución de 23 de octubre de 2005 de los Tribunales Calificadores de las pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias.

- STS (Sala de lo Contencioso) 7605/1996, de 28 de diciembre, que resuelve un recurso contra la Resolución de la Universidad de Cantabria, de fecha 29 de diciembre de 1993, por la que se adjudican las plazas de Profesores Asociados del Departamento de Enfermería de la Universidad de Cantabria.

- STS (Sala de lo Contencioso) 1876/1986, de 17 de abril, que resuelve un recurso contra la valoración de los méritos que concurrían en los participantes en el concurso-oposición para cubrir en propiedad una plaza de plantilla de Técnico Superior Urbanista del Ayuntamiento de Cuenca.

- STS (Sala de lo Contencioso) 5911/1986, de 3 de noviembre, que resuelve un recurso contra sentencia dictada por la Sala de lo

Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona de fecha 23 de febrero de 1984, sobre concurso-oposición para nombramiento de Médicos.

- STS (Sala de lo Contencioso) 5305/1988, de 8 de julio, que resuelve un recurso contra un acuerdo del Ayuntamiento de Ermua, de 14 de mayo de 1985, en el que se convocaba oposición para cubrir cinco plazas de agentes de la policía municipal, en la que como mérito se puntuaba con dos puntos el conocimiento del euskera.

- STS (Sala de lo Contencioso) 60/70/1991, de 8 de noviembre, que resuelve un recurso contra los acuerdos del Consejo General del Poder Judicial de 20 de agosto de 1987, 20 de abril de 1988 y 18 de mayo de 1988 referentes a la provisión de Magistrados por el turno de Juristas.

- STS (Sala de lo Contencioso) 17159/1988, de 8 de julio, que resuelve un recurso contra la resolución de la Dirección Provincial del Ministerio de Educación y Ciencia de Cáceres que, en fecha 22 de Octubre de 1.984, formuló convocatoria pública para cubrir plazas de profesores interinos en la Escuela Universitaria de Enfermería del Centro de Enseñanza Integrada de Cáceres.

- STS (Sala de lo Contencioso) 6168/1988, de 14 de septiembre, que resuelve un recurso contra resolución del Ayuntamiento de Almendralejo, de 26/7/85, denegando al recurrente el tomar posesión de una plaza de Policía Municipal para la que había sido nombrado.

- STS (Sala de lo Contencioso) 5130/2003, de 18 de julio, que resuelve un recurso contra la Resolución de 6 de marzo de 1998 del Servicio Canario de Salud, por la que se aprobaron las bases generales comunes que han de regir las pruebas selectivas para la cobertura de

plazas básicas vacantes de facultativos Especialistas de Area en los órganos de prestación de los servicios sanitarios del Servicio Canario de Salud.

- STS (Sala de lo Contencioso) 1386/1992, de 21 de febrero, que resuelve un recurso contra la Sentencia de fecha 9 de abril de 1990, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sobre nombramiento en propiedad de la plaza de Inspector Jefe de la Policía local de Sevilla.

- STS (Sala de lo Contencioso), 7603/1998, de 12 de diciembre, que resuelve un recurso contra la Orden de la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalidad Valenciana, de fecha 14 de Junio de 1993, por la que convocan pruebas selectivas para la provisión de vacantes en el cuerpo de maestros.

- STS (Sala de lo Contencioso) 3767/1992, de 20 de junio, que resuelve un recurso contra un Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 27 de marzo de 1991, sobre aplicación del artº 15 y Disposición Transitoria Decimoquinta de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública 30/84, de 2 de agosto, modificada por la Ley 23/1988, de 28 de julio; y contra el Real Decreto 265/1992, de 20 de marzo sobre Oferta de Empleo Público para 1992.

- STS (Sala de lo Contencioso) 8745/1992, de 28 de noviembre, que resuelve un recurso contra el acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Toledo en 20 de Febrero de 1989, sobre aprobación de las bases para la provisión, mediante concurso-oposición, de plazas de Cabos y Bomberos del Servicio de Extinción de Incendios.

- STS (Sala de lo Social) 5360/1996, de 7 de octubre, que declara a los demandantes trabajadores fijos de plantilla, sustituyendo tal

declaración por la de que la relación contractual de trabajo que les liga a la Diputación de Valencia es de carácter indefinido.

- STS (Sala de lo Contencioso) 7460/1997, de 9 de diciembre, que resuelve un recurso contra la Orden de 29 de Abril de 1.991 de la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalidad Valenciana, para la provisión de 1448 plazas vacantes de funcionarios de cuerpos docentes de profesores de enseñanza secundaria.

- STS (Sala de lo Contencioso) 15819/1988, de 25 de enero, en relación al acceso directo regulado por el art. 110 de la Ley General de Educación y desarrollo por el D. 375/1974, en cuya virtud los estudiantes para profesores de EGB podían acceder directamente desde las Escuelas Universitarias si tenían un expediente de sobresaliente.



## ***BIBLIOGRAFÍA***

## **BIBLIOGRAFÍA**

- AGIRREAZKUENAGA, I., “Reflexiones jurídicas sobre la oficialidad y conocimiento de las lenguas” en VV.AA. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a Enterría*, vol. II, 1991.
- ALEGRE ÁVILA, J.M., “Objetividad e imparcialidad de la Administración. El principio de especialidad en la composición de los órganos de selección”, *Revista Vasca de Administración Pública* n° 34, 1992.
- “La Función Pública y los interinos contratados”, *Revista de estudios de la Administración Local* n° 243, 1989.
  - “De nuevo sobre los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública: las sentencias del Tribunal Constitucional 27/1991, 151/1992 y 302/1993” en *Revista Aragonesa de Administración Pública* n° 3, 1993.
- ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- “El principio de igualdad en el artículo 14 de la Constitución Española”, *Revista de Administración Pública*, n° 100-102, 1983.
- ALVAREZ CONDE, E., *Curso de derecho constitucional, vol. I*, Madrid: Tecnos, 1992.
- ALZAGA RUIZ, I., “Contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas: especial consideración del contrato de interinidad”, *Cuadernos de Derecho Judicial* n° 7, 2007.
- ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario sistemático a la Constitución Española*, Madrid: Foro, 1978.

- ARRIBAS LÓPEZ, E., “La sentencia del TS de 16 de febrero de 2011: ¿El principio del fin de la discrecionalidad técnica de los órganos administrativos de selección de personal?”, *La Ley*, nº 7862, 2012.
- ARROYO YANES, L.M., *La Carrera Administrativa de los Funcionarios Públicos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- *El funcionario interino*, Madrid: Tecnos, 1996.
- BAENA del ALCAZAR, M., “Art. 103 CE” en VV AA, *Comentarios a las leyes políticas: Constitución española de 1978*, Vol VIII, (ALZAGA VILLAAMIL, Dir), Madrid: Edersa, 1984.
- BALADIEZ ROJO, M., “El derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas (art. 23.2 CE)”, *Justicia Administrativa* nº 45, 2009.
- “Art. 23.2” en VV.AA., *Comentarios a la Constitución* (Dir M<sup>a</sup> Emilia Casas), Madrid: Fundación Walters Kluwer, 2009.
- BALLARÍN IRIBARREN, J., “El derecho de acceso a cargos y funciones públicas”, *Revista del Poder Judicial* nº 5, 1997.
- BAÑO LEÓN, J.M., “La igualdad como derecho público subjetivo”, en *Revista de Administración Pública* nº 114, 1987.
- “El ejercicio del pluralismo lingüístico en la Administración Pública”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 54, 1987.
- BARNES VAZQUEZ, J., “La educación en la Constitución de 1978”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 12, 1984.
- BARRERIRO GONZÁLEZ, G., “Trabajadores temporales al servicio de la Administración local: conversión en funcionarios”, *Actualidad Laboral* nº 1, 2000.
- BERMEJO VERA, J., “El derecho fundamental de acceso a los puestos de trabajo en la función pública” en VV.AA *Derecho fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Lorenzo Martín Retortillo*, Zaragoza: Ed Justicia de Aragón, 2009.
- BOLTAINA BOSCH, X., “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: Algunas reflexiones tras el

- estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista del Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional*, nº 14, 2012.
- *La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas*, Barcelona: CEDECS, 2005.
- CANALES ALIENDE, J.M., “art 103 CE” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Vol II*, VV.AA (O. ALZAGA VILLAAMIL Dir.), Madrid: Edersa, 1997.
- CANO BUESO, J., “Los derechos de reunión, asociación, participación y petición”, en VV.AA. *Derecho Constitucional Vol. II, Derechos fundamentales y principios rectores* (F. BALAGUER CALLEJÓN Coord.), Madrid: Tecnos, 1999.
- CASTÁN TOBEÑAS, L., *Derecho Civil Español, Común y Foral, tomo I, vol. II*, Madrid; Reus, 1984.
- CASTILLO BLANCO, F.A., *Acceso a la función pública local (políticas selectivas y control jurisdiccional)*, Granada: Comares, 1993.
- “Los sistemas de selección del empleo público español: reflexiones y propuestas”, en VV.AA. *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Madrid: Colex, 2003.
  - *Informe sobre empleo público local*, Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “Acceso AL empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en VV.AA. *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario Sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007*, Granada: Comares, 2008.
- COBREROS MENDAZONA, E., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al conocimiento del Euskera en el acceso a la función pública”, en *Revista Vasca de Administración Pública* nº 22, 1988.
- *El régimen jurídico de la oficialidad del euskera*, Oñate: Instituto Vasco de Administración Pública, 1989.
- CRUZ VILLALÓN, F., “El principio de igualdad y otros conceptos afines”, en *Jornadas sobre los derechos individuales en la Constitución*

- Española. La doctrina del Tribunal Constitucional*, Sevilla: Fundación El Monte, 1993.
- CHAVES GARCÍA, J.R., *Control de Concursos y Oposiciones en la jurisprudencia*, Madrid: Ed. Reus, 2009.
- DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español Vol. II*, Barcelona: Labor, 1982.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 1999 y debates en las Cortes Generales, Tomo I*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Serie Informes, Madrid: 2001.
- DEL VECCHIO, J., *Los derechos del hombre*, Madrid: Reus, 1914.
- DIEZ PICAZO, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid: Civitas, 2003.
- ENDEMAÑO AROSTEGUI, J.M., “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* nº 283, 2000.
- ERKOREKA GERVASIO, J.I., “Exigencia de preceptividad en los perfiles lingüísticos como requisito de capacidad en el ejercicio de funciones públicas”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 44-II, 1996.
- FERNÁNDEZ DELPUECH, L., *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- FEREZ FERNÁNDEZ, M., “El sistema de mérito en el empleo público” *Documentación Administrativa* nº 241-242, 1995.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J, Y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Bolsas de trabajo y Administración Pública: problemas jurídicos”, *Actualidad Laboral* nº 21, 2006.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Régimen jurídico de la Función Pública y jurisprudencia constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 12, 1992.
- “Estado del bienestar, Administración y Función Pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* nº 3, 1992.

- FERNÁNDEZ NIETO, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Madrid: Servicio repubblicaciones Universidad Rey Juan Carlos, 2008.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en VV.AA. *Estudios sobre la Constitución Española (homenaje al profesor Enterría)*, vol. III, Madrid: Civitas, 1991.
- *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid: Civitas, 1991.
- FONDEVILA ANTOLIN, J., *Constitución y empleo público*, Granada: Comares, 2000.
- *Selección y pérdida de la condición de empleado público*, Barcelona: Atelier, 2008.
  - “La Disposición transitoria cuarta del EBEP o el último ataque a los principios constitucionales reguladores del acceso al empleo público”, *Justicia Administrativa* n° 40, 2008.
  - *Manual para la selección de los empleados públicos*, Madrid: Wolters Kluwer, 2012.
- FOSSAS ESPADALER, E., *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Madrid: Tecnos, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Administración española: estudios de ciencia administrativa*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1972.
- *La Administración española: estudios de ciencia administrativa* 6ª ed., Madrid: Civitas, 1999.
  - *La fonction publique en Espagne*, Paris 1974-75.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo, vol. I y II*, Madrid: Civitas, 1985.
- GARCÍA ROCA, J., *Cargos públicos representativos. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución*, Pamplona: Aranzadi, 1999.
- GARCÍA RUIZ, J.L., “El marco constitucional de la función pública y el Estado autonómico”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 55, 1999.

- GARCIA TORRES, J., "Derecho de acceso a los cargos públicos", VV.AA. *Enciclopedia jurídica básica Vol. II* (Dir. A. MONTROYA MELGAR), Madrid: Civitas, 1995.
- GARCÍA TORRES J., y REQUEJO PAGES, J.L., "El derecho de acceso a los cargos públicos" en VV.AA, *Temas básicos de derecho constitucional, Vol. III*, (M. ARAGÓN REYES coord.), Madrid: Civitas, 2001.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A., *Tratado de Derecho Administrativo Vol. III*, Madrid: Revista de Derecho Privado 1974.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., "Consideraciones en torno al Derecho de igualdad en el acceso a la función pública", en *Revista de Administración Pública* nº 121, 1990.
- GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución Española, 1ª ed.*, Madrid: Civitas, 1980.  
*Comentarios a la Constitución Española, 3ª ed.*, Madrid: Civitas, Madrid: Civitas, 2001.  
- *Reformas en la función pública*, Madrid: Tecnos, 1985.
- GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1994.  
- *Reformas en la función pública*, Madrid: Tecnos, 1985.
- GIMENO FELIU, J.M., "La necesidad de particularización en la valoración de méritos en aplicación de baremo", *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 63, 1989.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F., y LÁZARO ALBA, E., "A vueltas con la discrecionalidad técnica en oposiciones y concursos: jurisprudencia reciente y reflexiones críticas", *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 127, 2005.
- GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V.M., "En torno a las oposiciones restringidas (STC 50/1986, de 23 de abril)" *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 50, 1986.

- GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S., “El derecho a acceder a la función pública de otro estado miembro de la Unión Europea”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 58, 2000.
- Spain is different (el mito de las lenguas), *Revista de Administración Pública*, nº 156, 2001.
- ILDEFONSO HUERTAS, R.M., “Los órganos de selección en el empleo público”, en *Justicia Administrativa* nº 12, 2001.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Políticas de selección en la función Pública Española (1808-1978)*, Madrid: Instituto Nacional de Administraciones Públicas, 1989.
- JIMÉNEZ BLANCO, A., “Art. 103” en *Comentarios a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (VV.AA)*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 9, 1983.
- “Art. 53 CE” en VV.AA. *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Vol II*, (O. ALZAGA VILLAAMIL Dir.), Madrid: Edersa, 1997.
  - *Derechos fundamentales y jurisdicción*, Madrid: Trotta, 1999.
- JORDANA DE POZAS, L., “Bravo Murillo y los funcionarios públicos” en *Boletín de la Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País*, nº 52, 2004.
- LÓPEZ BASAGUREN, A., “Lenguas, poderes públicos y función pública, en *Teoría y Realidad Constitucional* nº 3, 1999.
- LÓPEZ GARRIDO, D., “El acceso a la función pública en la Europa de los doce”, *Revista Vasca de Administración Pública* nº 35, 1993.
- LÓPEZ GUERRA, L., “La distribución de competencias entre Estado y Comunidades autónomas en materia de educación”, *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 7, 1983.
- “Derechos de participación política” en VV.AA., *Derecho Constitucional Vol. I (4ª ed.)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.



- LORENZO DE MEMBIELA, J.B., *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 1995.
- LORENZO RODRÍGUEZ-ARIAS, M., *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Granada: Comares, 1993.
- LUCAS VERDÚ, P., “de los Derechos Fundamentales” en VV.AA. *Constitución española, edición comentada*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.
- MARINA JALVO, B., y CANTERO MARTÍNEZ, J., “Reflexiones previas sobre la jurisprudencia de la función pública”, *Justicia Administrativa* n° extra, 2002.
- MARTÍN CUBAS, J., *La democracia y el Tribunal Constitucional*, Valencia: Alfons el magnanim, 1996.
- MARTÍN MORENO, J.L., *El control de las oposiciones y concursos en el Estado constitucional*, Granada: Comares, 2007.
- *El Derecho Fundamental de acceso a la Función Pública*, Granada: Comares, 2006.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., Carrera administrativa y estatus funcional” en VV.AA *Estado y Sector Público en España*, Madrid: Fundación Hogar del Empleado, 1981.
- *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid: Instituto de estudios de Administración Local, 1983.
- *Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia*, Pamplona: Aranzadi, 2000.
- MARTÍNEZ CORRAL, J.A., y MANZANA LAGUARDA, R.S., *Adquisición y pérdida de la condición de funcionario*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *Libertades públicas Vol. I*, Valencia: Fundación Universitaria San Pablo CEU, 1993.
- MAYOR, P., “Art 23.2 CE”, en *Comentarios a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, VV.AA, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.

- MESEGUER YEBRA, J., “El Derecho fundamental del art. 23.2 CE al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas”, *Revista General de Derecho* nº 660, 1999.
- MOLERO MARAÑÓN, M.L., *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- MONTILLA MARTOS, J.A., “Los derechos de reunión, asociación, participación y petición”, en VV.AA. *Manual de Derecho Constitucional vol. II*, 3ª ed. Balaguer Callejón F. (coord), Madrid: Tecnos, 2008.
- MONTORO CHINER, M.J., “Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones”, en *Revista de Administración Pública* nº 136, 1995.
- MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo Vol. I*, Pamplona: Aranzadi, 1998.
- NIETO, GARCÍA, A., *La retribución de los funcionarios públicos en España. Historia y actualidad*, Madrid: Revista de Occidente, 1967.
- “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en *Estudios sobre la Constitución Española, obra colectiva en homenaje a E. García de Enterría*, Madrid: Civitas, 1991.
  - *La nueva organización del desgobierno*, Barcelona: Ariel, 1996.
  - *Estudios de derecho y ciencias de la Administración*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- OJEDA AVILÉS, A., *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las Administraciones Públicas*, Granada: Comares, 1998.
- OTTO y PARDO, I., “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución” en VV.AA., *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid: Civitas, 1988.
- *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid: Civitas, 1988.
- PALOMAR OLMEDA, A., “La configuración constitucional del derecho de acceso a las funciones públicas”, *Revista de las Cortes Generales* nº 25, 1992.

- *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Madrid: Dykinson, 2001.
  - *Código de la función pública*, Cizur-Menor: Aranzadi, 2003.
  - “De nuevo sobre el mérito y la capacidad en el acceso al empleo público”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2004.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- “La degeneración del modelo de función pública”, *Revista de Administración Pública* nº 150, 1999.
- PAREJO ALFONSO, L., “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981.
- PECES BARBA, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid: Dyckinson, 2004.
- “Génesis de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución de 1978”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* nº 6, 1989.
- PEÑARRUBIA IZA, J.M., “La moderna jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica”, en *Revista de Administración Pública* nº 136, 1995.
- PÉREZ GÓMEZ, J.M., “Acceso a empleo público y adquisición de la relación de servicios en VV.AA. *Comentarios a la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público* (A. PALOMAR OLMEDA y A.V. SEMPERE NAVARRO, Dir), Cizur-Menor: Thomson-Aranzadi, 2008.
- PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 2007.
- PÉREZ LUQUE, A., “Especialidades de los procedimientos selectivos en el personal interino y eventual”, en VV.AA. *Situación actual y tendencias de la Función Pública*, Granada: Comares, 1998.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., “El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones”, en *Documentación Administrativa*, nº 220, 1989.
- PRATS i CATALA, J., “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito”, *Documentación Administrativa* nº 241 – 242, 1995.

- PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre Derechos fundamentales*, Madrid: Debate, 1990.
- “Comentarios al artículo 53 CE” en VV.AA. *Comentarios a la Leyes Políticas. Constitución Española de 1978* (dirigida por O. ALZAGA), tomo IV, Madrid: Edersa, 1984
- PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid, Lex Nova, 2003.
- PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos y funciones públicas (un estudio del art. 23.2 de la Constitución)*, Madrid: Civitas, 1992
- "Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas (Comentario a la STC 47/1990, de 20 de marzo", *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 30,1990.
  - *La Constitución española con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 5ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2005.
- QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “*La consolidación de empleo público temporal y el principio de igualdad*”, *Aranzadi Social* n° 14, 2008.
- REQUEJO PAGÉS, J.L., “Derechos de configuración legal”, en VV.AA. *Enciclopedia jurídica básica Vol. II* (Dir. A. MONTOYA MELGAR), Madrid: Civitas, 1995.
- RIVERO ORTEGA, R., en “Acceso a la función pública autonómica y doctrina constitucional (Comentario a la STC de 11 de febrero de 1999)”, *Revista de Administración Pública* n° 151, 2000.
- RODRÍGUEZ COARASA, C.: *La libertad de enseñanza en España*, Madrid, Tecnos, 1998.
- RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Madrid: Tecnos, 1986.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas: la constitucionalidad de la medida y la limitación de los sujetos”, en VV.AA, *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas, Vol. I*, Informes y Estudios MTAS: Madrid, 2001.

- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “El marco constitucional del acceso a la función pública en el derecho administrativo español”, *Actualidad Administrativa* n° 3, 2007.
- RUANO RODRÍGUEZ, L., *Constitución, función pública y empleo laboral*, Pamplona: Aranzadi, 1998.
- RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 31, 1991.
- “Prólogo” en PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos y funciones públicas*, Madrid: Civitas, 1992.
  - *Derechos fundamentales y principios constitucionales: (doctrina jurisprudencial)*, Barcelona: Ariel, 1995.
- SALA FRANCO, T., “La contratación temporal en la Administración Pública”, *Poder Judicial* n° 3, 1988.
- SALVADOR MARTÍNEZ, M., “Derechos y libertades de la educación”, en VV.AA. *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, (S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ Coord.) Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- “La igualdad”, en VV.AA. *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, (S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ Coord.) Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
  - “Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales”, *Derechos Constitucionales y formas políticas* (M.A. APARICIO PÉREZ Coord.), Barcelona: CEDECS, 2001.
- SÁNCHEZ BLANCO, A., “La discrecionalidad técnica de los tribunales de oposiciones y concursos” en *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 30, Madrid, 1981.
- “Los derechos de participación, representación y de acceso a funciones y cargos públicos; la corrección de la unilateral perspectiva política”, *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 46, 1985.

- SÁNCHEZ MORÓN, M., “Art. 23.2 CE”, en VV.AA. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Vol II, (O. ALZAGA VILLAAMIL Dir.), Madrid: Edersa, 1997.
- “Art. 23.2 CE”, en *Comentarios a las leyes políticas: Constitución española de 1978*, Vol II, VV.AA. (O. ALZAGA VILLAAMIL Dir), Madrid: Edersa, 1984.
  - “Igualdad, mérito y capacidad en el empleo público”, en VV.AA., *El principio de igualdad*, Madrid: Dykinson, 2000.
  - “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, en VV.AA, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, (M. SÁNCHEZ MORÓN Dir.), Valladolid: Lex Nova, 2007.
  - *El derecho de la función pública* 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2008.
  - “Art 103 CE” en VV.AA. *Comentarios a la Constitución* (Dir M<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde), Madrid: Fundación Walters Klume, 2009.
- SÁNCHEZ PIQUERO, J., “Sobre la constitucionalidad de ciertos sistemas de acceso a la función pública docente no universitaria”, *Revista de Derecho UNED* n° 9, 2011.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “Art. 23 CE”, en *Comentarios a la Constitución*, (GARRIDO FALLA, F., Dir.), Madrid: Civitas, 1980.
- SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J.J., “Sobre la jurisprudencia constitucional en materia electoral” *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 30, 1990.
- SUÁREZ PERTIERRA, G., “Art. 14 CE”, en *Comentarios a las leyes políticas: Constitución española de 1978*, Vol II, VV.AA. (O. ALZAGA VILLAAMIL Dir), Madrid: Edersa, 1984.
- SUAY RINCÓN, J., “Principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en VV.AA *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a Enterría*, Madrid: Civitas, 1991.
- TARDÍO PATO, J.A., *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Madrid: Civitas, 1986.

- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Derecho al rango y derechos de configuración legal”, en VV.AA., *Teoría General de los Derechos Fundamentales, en la Constitución de 1978*, Madrid: Tecnos, 2004.
- VIVANCOS COMES, M., “El derecho fundamental al acceso a la Función Pública en condiciones de igualdad (a propósito de la sentencia constitucional 11/1996, de 29 de enero)”, *Revista General de Derecho* n° 631, 1997.
- ZILLER, J., «*Egalité et mérite. L'accès a la fonction publique dan les Etats de la Communauté Européene* », Bruselas : Bruylant, 1998.