

Principio de predeterminación legal y nulidad de las bases de una convocatoria de acceso a funciones públicas.

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

Resumen: *Las bases de una convocatoria de acceso a funciones públicas serán nulas, tanto cuando exijan el cumplimiento de requisitos adicionales carentes de habilitación legislativa que limiten el derecho a participar de determinados ciudadanos, como cuando omitan un mérito cuya valoración venga imperativamente impuesta por norma de rango legal.*

Palabras clave: *Función pública. Principio de igualdad en el acceso. Principios de mérito y capacidad.*

Abstract: *The rules of a public service announcement will be invalid, both when they demand the observance of additional requirements without legislative authorisation that limit the right to participate of certain citizens, as well as when they omit a merit whose evaluation is compulsorily imposed by a rule of legal rank.*

Keywords: *Public service. Principle of equal Access. Principles of merit and ability.*

I. Introducción

El art. 23.2 CE reconoce a los ciudadanos el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalan las leyes”, insistiendo el art. 103.3 CE en tal tenor y añadiendo que “la ley regulará... el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”. Por tanto, como con acierto se ha dicho, “el mérito y la capacidad son los principios jurídicos que están incorporados al derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad”^[1].

Bajo tales premisas, cuando la Administración requiera la prestación de servicios, los principios de mérito y capacidad se convierten en parámetros objetivos ineludibles (dado lo categórico de la formulación constitucional) para realizar el reclutamiento, previo diseño de unas reglas abstractas de procedimiento, carentes de referencias individuales y concretas. En la medida en que todos los ciudadanos son iguales ante la ley y en su aplicación, los poderes públicos no pueden expresar preferencias discriminatorias o fundadas en razones meramente subjetivas de unos sobre otros. La igualdad referida en el art. 23.2 CE otorga el derecho a participar, concediendo un derecho subjetivo de carácter fundamental y contenido específico, que debe ser traducido en la exigencia de unas condiciones objetivas iguales para que todos los ciudadanos puedan acceder a la condición de empleado público, llevando a excluir o admitir determinadas exigencias a acreditar por los candidatos en virtud de su conexión con las tareas a realizar y remitiendo a la Ley su concreción que no puede

amparar condicionantes subjetivos o desproporcionados con el fin último de garantizar que los elegidos sean los candidatos más capacitados y meritorios.

Estos principios se desarrollan en el art. 55.2 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), en virtud del cual el reclutamiento de efectivos ha de realizarse con el debido respeto de los principios de mérito y capacidad, concretados en los de publicidad de las convocatorias y de sus bases; transparencia; imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de estos órganos; adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

Bajo tales premisas, la calificación de unos requisitos de acceso como objetivos o excesivos, así como la justificación o falta de probidad de la exclusión de cómputo de determinados extremos en el baremo de méritos incorporado a una convocatoria, ocupan al Tribunal Constitucional en la sentencia aquí comentada.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional (Sala Segunda).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 100/2022, de 12 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de amparo núm. 4042/2018.

ECLI:ES:TC:2022:100

Fuente: BOE núm. 253, de 21 de octubre de 2022.

Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La presente sentencia resuelve un recurso de amparo, promovido por la Asociación de Profesores Superiores de Música de Andalucía, contra:

a) la Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, de 16 de marzo de 2017, por la que se convoca un procedimiento selectivo para el acceso al cuerpo de catedráticos de música y artes escénicas,

b) el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, de 24 de julio de 2017, por el que se inadmite el recurso contencioso-administrativo para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona interpuesto contra la referida Orden al entender inadecuado este procedimiento apreciando que las cuestiones planteadas no afectaban al contenido de los derechos fundamentales

c) el Auto de 6 de septiembre de 2017 de la misma Sala y Sección, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra el Auto anterior.

Como antecedentes, también hay que tener en cuenta que la mencionada Asociación preparó recurso de casación contra el Auto dictado el 6 de septiembre de 2017. Por providencia de 31 de mayo de 2018, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo acordó la inadmisión a trámite de dicho recurso por carencia de interés casacional.

La Sección Tercera del Tribunal Constitucional, por providencia de 25 de marzo de 2019, acordó la admisión a trámite del recurso de amparo, al apreciar que su contenido justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia

constitucional porque el asunto suscitado trasciende del caso concreto al plantear una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica [at. 50.1 b) Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC)].

IV. Posición de las partes

La parte recurrente, la Asociación de Profesores Superiores de Música de Andalucía, denuncia dos vulneraciones de derechos fundamentales:

De un lado, los autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 24 de julio de 2017 y de 6 de septiembre de 2017 violan el derecho a la tutela judicial efectiva por denegación del acceso a la jurisdicción de un recurso que cumple todos los requisitos y del principio *pro actione*, conllevando un adelantamiento del fallo.

De otro, la Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía de 16 de marzo de 2017, vulnera los arts. 14 y 23.2 CE, y los principios de mérito, capacidad e igualdad, por tres motivos esenciales:

1. Omitía la “valoración positiva de la actividad docente”, que era un requisito que ha de baremarse, según establece al artículo 39 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, y se regula el régimen transitorio de ingreso a que se refiere la disposición transitoria decimoséptima de la citada Ley aplicable en el momento de la convocatoria.

2. La base 2.2.1 acotaba de manera restrictiva el modo en que se puede acreditar la formación y la capacidad de tutela de las investigaciones propias de las enseñanzas artísticas (exigiendo estar en posesión del título de doctor, del reconocimiento de suficiencia investigadora o el certificado-diploma acreditativo de estudios avanzados – DEA-- o de un máster), sin considerar acreditada esta exigencia a quienes, sin pertenecer al cuerpo de catedráticos de música, han sido nombrados por la administración para ejercer estas funciones temporalmente en comisión de servicios. Tal Orden es nula de pleno derecho porque exige requisitos no requeridos ni por la Ley ni por el Real Decreto que la desarrolla y por dejar fuera de la posibilidad de promoción a quienes hasta el momento de la convocatoria se consideraban aptos para el cargo y con capacidad acreditada ejerciendo como Catedráticos en comisión de servicios y acreditando experiencia profesional prolongada.

3. A mayor abundamiento, como los requisitos establecidos en la citada base no se establecen en las ordenes que convocan estos procesos selectivos en otras Comunidades Autónomas, su exigencia vulnera la igualdad al quebrar la necesaria homogeneidad que debe presidir estos procesos selectivos en todo el territorio nacional.

En suma, la parte recurrente argumenta que “no es comprensible que se pueda tener capacidad para ejercer las funciones de catedrático en comisión de servicios, pero no para concurrir a un proceso selectivo para acceder a este cuerpo de funcionarios”.

La Junta de Andalucía no ha formulado alegaciones en el trámite habilitado al efecto.

El Ministerio Fiscal divide su argumentación en cuatro extremos:

En primer lugar, se detiene en analizar si la Orden impugnada, al no considerar la evaluación positiva de la actividad como mérito evaluable en el concurso, ha vulnerado el derecho fundamental que consagra el art. 23.2 CE. A tal fin, considera que se cumplen las tres exigencias exigidas por la doctrina constitucional para llegar a una conclusión positiva sobre la vulneración del mencionado derecho: a) tanto la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, como el Real Decreto 276/2007

contemplan entre los méritos que han de ser valorados para ocupar estos puestos en la función pública la “evaluación positiva de la actividad docente”; b) este mérito está orientado a lograr la igualdad en el acceso a las funciones públicas o, al menos, no se evidencia que no tenga esta finalidad; y c) puede ser invocado autónomamente en amparo, pues su omisión vulnera la igualdad y el principio de mérito y capacidad.

En segundo término, señala que tampoco cabe olvidar, de un lado, que la Orden impugnada exige unos requisitos de titulación que no son los previstos ni en la Ley Orgánica de Educación ni en el Real Decreto 276/2017 y, de otro, no prevé la valoración de otros “cursos de perfeccionamiento superados que versen sobre actualización científica y didáctica” que establece el anexo II del Real Decreto 276/2007. Por todo ello, entiende que la orden impugnada, al omitir el referido mérito, ha vulnerado el derecho que consagra el art. 23.2 CE.

En tercer lugar, entiende que ha perdido sentido la invocación de la violación del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, por haberse inadmitido o desestimado el recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales de la persona, pues aunque efectivamente concurriera este presupuesto, la cuestión debe reconducirse a atribuir a las resoluciones judiciales el carácter de agotamiento de la vía judicial, siendo innecesario un pronunciamiento sobre la hipotética lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. Además, esta queja carece de especial trascendencia constitucional y, por este motivo, de acuerdo con lo establecido en el art. 50.1 b) LOTC resulta inadmisibile. Así, aunque en este caso la vía judicial concluyó con una decisión de inadmisión por inadecuación de procedimiento, se agotó debidamente, pues esta decisión conlleva que el órgano judicial consideró inexistente la vulneración de derechos fundamentales invocada.

En cuarto lugar, considera que, a pesar del razonamiento anterior, no cabría estimar la pretensión de la Asociación recurrente y declarar la nulidad del baremo establecido por la orden impugnada porque la viabilidad del recurso de amparo viene condicionada por la existencia de una lesión efectiva y real de los derechos fundamentales (STCo 363/1993, de 13 de diciembre). En cambio, en el presente caso, lo que la parte actora pretende obtener es un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los baremos impugnados al margen y con independencia de la existencia de una lesión concreta del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a la función pública (art. 23.2 CE) y dicho pronunciamiento conllevaría una declaración abstracta de inconstitucionalidad impropia del recurso de amparo.

V. Normativa aplicable al caso

El presente supuesto pivota sobre los siguientes preceptos constitucionales:

a) Art. 23.2, en virtud del cual: “Asimismo, (los ciudadanos) tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

b) Art. 24.1, conforme al que: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

c) Art. 103.3, que señala que: “La ley regulará ... el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”.

Además, la sentencia valora la adaptación de la Orden de 16 de marzo de 2017 de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, de 16 de marzo de 2017, por la que se convoca un procedimiento selectivo para el acceso al cuerpo de catedráticos de música y artes escénicas, a lo previsto en las siguientes disposiciones:

a) La disposición adicional 10ª.4 de La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en su versión original, que recoge, como requisito de acceso al cuerpos de catedráticos de música y artes escénicas, “pertenecer al cuerpo de profesores de música y artes escénicas y estar en posesión del título de doctor, licenciado,

arquitecto, ingeniero o grado correspondiente o titulación equivalente, a efectos de docencia, así como superar el correspondiente proceso selectivo”.

b) La disposición adicional 12ª de la citada Ley establece, en su párrafo 2º, que los funcionarios docentes de los cuerpos de profesores de música y artes escénicas que quieran acceder a los cuerpos de catedráticos de música y artes escénicas “deberán contar con una antigüedad mínima de ocho años en el correspondiente cuerpo como funcionarios de carrera” y, en su párrafo 3º, que “[e]n las convocatorias correspondientes para estos funcionarios se valorarán preferentemente los méritos de los concursantes, entre los que se tendrán en cuenta el trabajo desarrollado y los cursos de formación y perfeccionamiento superados, así como los méritos académicos, y la evaluación positiva de la actividad docente”.

c) El Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero, por el que se regula el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, y se regula el régimen transitorio de ingreso, en su exposición de motivos, explica que “es necesario regular, de forma transitoria, un sistema de ingreso a los cuerpos de funcionarios docentes en el que se valore de forma preferente la experiencia docente previa en los centros públicos de la misma etapa educativa con total respeto a lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia”. Este Real Decreto, en el título IV, capítulo II, recoge el procedimiento de acceso a los cuerpos de catedráticos de música y artes escénicas y en su anexo II hace referencia a las especificaciones a las que deben ajustarse los baremos de méritos para los sistemas de acceso entre los cuerpos de funcionarios docentes.

En fin, el apartado 2.2.1 de la Orden de 16 de marzo de 2017, referida a la base segunda del concurso, recoge como requisitos específicos para poder participar en el proceso selectivo: “Acreditar la formación y capacidad de tutela en las investigaciones propias de las enseñanzas artísticas. El personal aspirante tendrá acreditada esta formación y capacidad si cumple alguna de las siguientes condiciones: Estar en posesión del título de doctor; Estar en posesión del reconocimiento de suficiencia investigadora o el certificado-diploma acreditativo de estudios avanzados (DEA); Estar en posesión de un título universitario oficial de máster distinto del requerido para el ingreso a la función pública docente, para cuya obtención se hayan exigido, al menos, sesenta créditos, que capacite para la práctica de la investigación educativa o de la investigación propia de las enseñanzas artísticas”.

VI. Doctrina básica

El Tribunal Constitucional veta el principal obstáculo que el Ministerio Fiscal había señalado frente a la viabilidad del recurso de amparo, entendiendo que cuando el recurso de amparo frente a las bases de una convocatoria de acceso al empleo público no se interpone directamente perjudicado, sino por una Asociación profesional que actúa en defensa de los derechos fundamentales de sus asociados, no cabe exigir el requisito de sufrir una lesión real y efectiva, pues ello supondría negar la legitimación activa para recurrir en amparo de las asociaciones o de cualquier otra entidad de carácter representativo.

Entrando en el fondo del asunto, el Máximo Intérprete de la Norma Fundamental entiende que tanto en el supuesto en el que las bases de la convocatoria exijan el cumplimiento de nuevos requisitos o condiciones que limiten el acceso de determinados ciudadanos sin contar para ello con la necesaria habilitación legislativa, como cuando omitan un mérito cuya valoración venga imperativamente impuesta por las normas reguladoras del proceso selectivo, se estarían introduciendo diferencias respecto de los parámetros establecidos con carácter general en la ley, lo que conllevaría una vulneración del principio de igualdad y, por tanto, del derecho fundamental que garantiza el art. 23.2 CE.

En consecuencia, la Orden de convocatoria ha devenido inconstitucional y nula, al igual que los Autos de los Tribunales ordinarios que desestimaron los recursos en

fases previas, si bien el principio de seguridad jurídica impide la revisión los actos declarativos de derechos que se hayan dictado en el proceso selectivo que la Orden recurrida convoca.

Con todo, el Tribunal Constitucional rechaza que la Orden impugnada vulnere el principio de igualdad por introducir diferencias entre los distintos procesos selectivos que se convoquen en el territorio nacional, pues corresponde a las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias de desarrollo de la legislación básica estatal, la concreción de la formación y la capacidad de tutela de las investigaciones artísticas.

Tampoco entiende procedente pronunciarse sobre una posible violación del art. 24.1 CE, pues cuando se ha utilizado como vía de defensa ante los Tribunales ordinarios el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales y no se ha conseguido, pierde sentido la invocación del citado art. 24.1 CE y se abre el camino para considerar la pretensión de fondo.

VII. Parte dispositiva

El fallo de la Sentencia aquí comentada puede resumirse en los siguientes extremos:

1.º.- La Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, de 16 de marzo de 2017, por la que se convoca un procedimiento selectivo para el acceso al cuerpo de catedráticos de música y artes escénicas, es inconstitucional y nula al infringir el art. 23.2 CE por no prever como mérito la evaluación positiva de la actividad docente y por no considerar acreditada la formación y capacidad de tutela en las investigaciones artísticas de aquellos aspirantes que hayan desempeñado temporalmente las funciones de catedrático de música y artes escénicas.

2º.- La inconstitucionalidad de esta Orden no permitirá, sin embargo, revisar los actos declarativos de derechos que se hayan dictado en el proceso selectivo que la Orden recurrida convoca.

3º.- Los Autos de 24 de julio de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, por el que se acordó la inadmisión del recurso contencioso-administrativo para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona interpuesto contra la referida Orden, y de 6 de septiembre de 2017, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra aquel, así como la de la Providencia de 31 de mayo de 2018 de la sección de admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por la que se acordó la inadmisión a trámite del recurso de casación preparado contra las referidas resoluciones judiciales, son nulos.

VIII. Pasajes decisivos

La presente sentencia recoge varias consideraciones de interés:

En primer lugar, entiende que la exigencia relativa a que el acto impugnado ocasione una lesión real y efectiva en los derechos de los recurrentes a la hora de admitir la viabilidad del recurso de amparo exigida por la doctrina vertida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 363/1993, de 13 de diciembre, no es de aplicación al presente supuesto porque el recurso no ha sido formulado por los funcionarios docentes que pretenden tomar parte en el concurso convocado por la Orden recurrida, sino que ha sido planteado por la Asociación de Profesores Superiores de Música de Andalucía. Se detiene el Tribunal Constitucional en señalar que “en los supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, quien acude en amparo no es el directamente perjudicado, sino una asociación en defensa de los derechos fundamentales de sus asociados, exigir el referido requisito supondría negar la legitimación activa para recurrir en amparo de las asociaciones o de cualquier otra entidad de carácter representativo. De acuerdo con la doctrina del Tribunal (entre otras muchas, STCo 47/1990), en el interés legítimo del art. 162.1 b) CE hay que entender

incluido el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores del que puede ser titular no solo cada uno de ellos, individualmente considerado, sino también cualquier asociación o entidad que haya asumido estatutariamente esos mismos fines” (fundamento jurídico 2).

En segundo término, siguiendo la doctrina vertida en las Sentencias 47/1990, de 20 de marzo; 185/1994, de 20 de junio; 138/2000, de 29 de mayo; y 131/2017, de 13 de noviembre), señala que el art. 23.2 CE garantiza, entre otros derechos, el de la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, de manera que queda vetada una actuación por vía reglamentaria o a través de actos de aplicación de la ley o de las normas reguladoras de los procedimientos de acceso que introduzca 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 derecho a aquellos a los que la ley no excluyó. Es más, esta conclusión no sólo se aprecia para el supuesto en el que se denuncie la exigencia de nuevos requisitos o condiciones que limitan el acceso a un cargo de determinados ciudadanos sin contar para ello con la necesaria habilitación legislativa, sino también en el caso en el que una convocatoria concreta omita un requisito cuya valoración venga imperativamente impuesta por las normas reguladoras del proceso selectivo. En suma, “en ambos casos se estarían introduciendo diferencias respecto del criterio establecido con carácter general en la ley, lo que conllevaría una vulneración del principio de igualdad y, por tanto, del derecho fundamental que garantiza el art. 23.2 CE” (fundamento jurídico 3).

Así, teniendo en cuenta que la Orden de 16 de marzo de 2017 no recoge como mérito la exigencia, recogida en la Ley 3/2006 y en el Real Decreto 276/2007, relativa a la evaluación positiva de la actividad docente ni tampoco aparece consignado este mérito en ningún apartado del baremo, el Tribunal Constitucional considera que esta omisión vulnera el principio de predeterminación normativa, en virtud del cual la predeterminación de cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, solo corresponde a la intervención positiva del legislador. Por ello, la resolución impugnada, al introducir diferencias no previstas en la ley –no se valora un mérito que según establece la ley ha de valorarse–conlleva una vulneración del principio de igualdad, que es, en definitiva, lo que el principio de predeterminación normativa de los requisitos de acceso a la función pública garantiza y por este motivo vulnera el derecho fundamental proclamado en el art. 23.2 CE (fundamento jurídico 5).

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional recuerda que el art. 58.6 de la Ley Orgánica 2/2006, dispone que “los centros superiores de enseñanzas artísticas fomentarán programas de investigación en el ámbito de las disciplinas que les sean propias”. Por su parte, los arts. 17.1, párrafo segundo, y 39 del Real Decreto 276/2007, en concordancia con lo establecido en el citado precepto legal, exigen, para ingresar, a quienes pretendan acceder al cuerpo de catedráticos de música y artes escénicas que acrediten su formación y su capacidad para tutelar las investigaciones en este ámbito. En definitiva, a la luz de estos preceptos, para acceder al cuerpo de catedráticos de música y artes escénicas, es preciso acreditar la formación y capacidad de tutela en las investigaciones artísticas, si bien ni el legislador ni el desarrollo reglamentario precisan cómo justificar que se cumple este requisito. Por tales razones, la Orden impugnada, al establecer que para poder acreditar esta formación y capacidad de tutela es preciso estar en posesión de los títulos anteriormente mencionados, desarrolla en este punto lo dispuesto en el art. 39 del Real Decreto 276/2007, sin establecer requisitos nuevos, de manera que, en principio, no quiebra el principio de predeterminación normativa ni, en definitiva, el principio de igualdad, aunque para entender cumplido este requisito de acceso se exija estar en posesión de una titulación específica. Ahora bien, pese a ser cierta esta conclusión, el Tribunal Constitucional introduce una matización, pues la Orden impugnada, al no prever que esta formación y capacidad de tutela se considere también acreditada cuando los aspirantes hayan ejercido temporalmente las funciones de catedrático de música y

artes escénicas, está infringiendo, por este motivo, el derecho que consagra el art. 23.2 CE. Aclara el Máximo Intérprete de la CE que “esta omisión está impidiendo el acceso a este cuerpo funcional a quienes la propia administración les ha reconocido que cumplen los requisitos que exige el desempeño de este puesto trabajo –si no hubieran tenido esta formación y capacidad de tutela no hubieran podido ser nombrados para ejercer estas funciones– y está estableciendo una diferencia de trato entre los aspirantes (en concreto, entre los que tienen la titulación que exige la base 2.2.1 de la orden impugnada para acreditar el cumplimiento de este requisito y aquellos a los que, sin tenerla, la administración les reconoció que lo cumplían cuando los nombró para ejercer temporalmente las funciones de catedrático en estas disciplinas) que carece de justificación. En consecuencia, esta omisión es lesiva del principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas que consagra el art. 23.2 CE” (fundamento jurídico 6).

En quinto término, el Tribunal Constitucional rechaza que la Orden impugnada, al establecer el modo en que ha de acreditarse la formación y la capacidad de tutela de las investigaciones artísticas, vulnere el principio de igualdad por introducir diferencias entre los distintos procesos selectivos que se convoquen en el territorio nacional, pues en la medida en que la legislación estatal no concreta el modo en que ha de entenderse acreditada esta exigencia, deja en manos de las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias de desarrollo de la legislación básica estatal, la concreción de tal extremo. Reitera doctrina constitucional previa, señalando que “el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias puede ocasionar que la posición jurídica de los ciudadanos sea diferente en las distintas partes del territorio nacional sin que esta diversidad de regímenes jurídicos sea contraria al principio de igualdad (en este sentido, entre otras muchas, SSTCo 37/1981, de 16 de noviembre; 46/1991, de 28 de febrero, 96/2002, de 25 de abril; 247/2007, de 12 de diciembre; 132/2019, de 13 de noviembre; y 125/2021, de 3 de junio” (fundamento jurídico 6).

En sexto lugar, el Tribunal Constitucional, tomando como referencia pronunciamientos previos vertidos en las Sentencias 363/1993, de 13 de diciembre y 143/2003, de 14 de julio, manifiesta que ha devenido innecesario pronunciarse sobre la violación del art. 24.1 CE, pues, cuando se ha intentado la protección del derecho fundamental que se estima vulnerado en la vía judicial a través del procedimiento especial de tutela de este tipo de derechos y no se ha conseguido, pierde sentido la invocación del precepto constitucional mencionado y se abre el camino para considerar la pretensión de fondo. Estimar este motivo de recurso conllevaría devolver las actuaciones al órgano judicial para que examinara las vulneraciones de derechos fundamentales sustantivas y precisamente sobre estas vulneraciones ya se ha pronunciado el órgano judicial ordinario (fundamento jurídico 7).

En séptimo lugar, aun cuando la Orden impugnada es inconstitucional y nula, lo cual conlleva la nulidad de los Autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de 24 de julio de 2017 y de 6 de septiembre de 2017, así como la de la providencia de 31 de mayo de 2018 de la sección de admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional realiza, al calor del art. 55.1 LOTC una serie modulaciones en cuanto al alcance de la aplicación del fallo. Así, al haber transcurrido más de cinco años desde que se resolvió el proceso selectivo convocado por la Orden declarada nula, el principio de seguridad jurídica impide que con fundamento en la presente sentencia puedan ser revisados los actos declarativos de derechos que se hayan dictado en el proceso selectivo que la orden recurrida convoca (fundamento jurídico 8).

IX. Comentario

La selección de los empleados públicos ha de hacerse en virtud de criterios objetivos, pues todos los ciudadanos son iguales ante la ley y su aplicación, de manera que la Administración no puede expresar preferencias discriminatorias o fundadas en razones subjetivas de unos sobre otros. Dichos criterios objetivos deben

basarse en el mérito y la capacidad, puesto que la Administración está obligada a gestionar los intereses públicos con eficacia^[2].

El fundamento constitucional de tales presupuestos se encuentra en dos preceptos clave: por una parte, el art. 23.2, que reconoce el derecho de los ciudadanos a “acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes” y, por otra, el art. 103.3, que se refiere a los criterios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública.

Aun cuando ambos pasajes están directamente imbricados, pues su objetivo es conseguir que ingresen en la función pública, mediante los procedimientos selectivos correspondientes, quienes, de entre los candidatos, reúnan mayores méritos y capacidad, lo cierto es que el art. 23.2 CE no reconoce un derecho absoluto a acceder a los cargos y funciones públicas sino un derecho a no ser discriminado o sufrir un trato desigual no fundado en razones objetivas y razonables en tal acceso.

El Tribunal Constitucional ha ido perfilando los contornos de tal derecho fundamental, creando un cuerpo de doctrina perfectamente sintetizado por el Ministerio Fiscal en la sentencia objeto de comentario: a) “el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes es un derecho de configuración legal”; b) “al remitir el art. 23.2 CE a los ‘requisitos que señalen las leyes’, la ley, en colaboración con el reglamento, debe determinar qué requisitos van a ser exigidos para acceder a las funciones públicas, operando la ley como un valladar frente a cualquier imposición de requisitos, condicionantes o incompatibilidades no previstos en ella”; c) “resulta totalmente proscrita la posibilidad de que por vía reglamentaria o mediante actos de aplicación de la ley o de las normas reguladoras de acceso a un determinado puesto de la función pública se incorporen nuevos requisitos carentes de toda cobertura legal”; d) “mediante la exigencia de la predeterminación normativa se garantiza que sea la ley la que determine los requisitos de acceso para las distintas funciones públicas”.

Además de reiterar la preceptiva predeterminación legal de los condicionantes a acreditar para el acceso al empleo público sin que las bases de la convocatoria puedan establecer restricciones adicionales, la sentencia objeto de comentario también incide en la posibilidad de computar como méritos “la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate”. Como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, “no plantea problemas de igualdad la consideración como mérito de los servicios prestados” que es lícita a todas luces, “sino la relevancia cuantitativa que las bases de la convocatoria hayan dado a ese mérito concreto y, en particular, el que sea el único tenido en cuenta en la fase de concurso” (STCo 707/2003, de 2 de junio).

Las pautas a respetar por las bases de la convocatoria son, pues, las dos siguientes: diseñar un baremo de méritos relacionado con la función a desempeñar siguiendo las pautas marcadas por la ley y no establecer restricciones injustificadas de las condiciones de acceso excediendo del principio de habilitación legal.

X. Apunte final

El art. 23.2 CE consagra el principio de predeterminación normativa, que garantiza que es la ley —sin perjuicio de que pueda requerir la colaboración del reglamento en esta tarea—, la que determina los requisitos de acceso para las distintas funciones públicas, impidiendo que la Administración pueda exigir requisitos distintos de los previstos con carácter general por la ley —o en su caso, por el reglamento que la desarrolle— y establecer de este modo diferencias que quiebren el criterio igualitario previsto en la norma. Además, los requisitos de acceso y los criterios de selección han de ir referidos a los principios de mérito y capacidad, admitiendo la valoración de los servicios prestados como mérito (y no como requisito de acceso), siempre que se efectúe una valoración razonada y proporcionada de los mismos^[3].

El incumplimiento de alguno de estos extremos provocará la nulidad de las bases de la convocatoria, sin que sea necesaria para la viabilidad del recurso acreditar una lesión individualizada real y efectiva cuando quien plantea el amparo no es directamente el perjudicado sino una asociación defensora de intereses profesionales.

Referencias:

1. ^ NIETO GARCÍA, A.: *“Los estudios sobre la Administración Pública: la necesidad de constituir una disciplina que sea la base formativa de una clase directiva profesionalizada”*, *Documentación Administrativa*, núm. 200, 1984, pp. 2 y ss.
2. ^ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, Madrid, Tecnos, 2021, p.119.
3. ^ BELADIEZ ROJO, M.: *“El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas”*, en AA.VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, BOE, 2018, pp. 702 y ss.