

ha podido defenderse de la pretensión relativa a la suficiencia de la prueba aportada por la parte. Ha habido una desviación sustancial entre la Sentencia y los términos en que el recurso se ha planteado, que supone una completa modificación de los términos del debate procesal, desconoce el principio de contradicción y ha ocasionado una indefensión a la recurrente que vulnera el derecho reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, por lo que la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo ha de ser anulada.

4. La concesión del amparo sólo debe suponer, como sostiene el Ministerio Fiscal, la anulación de la Sentencia de suplicación y el envío de las actuaciones a la Sala Tercera del Tribunal Central de Trabajo, y, desaparecido éste, a la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, para que por la misma se dicte una nueva Sentencia sobre el fondo sin incurrir en vicio de incongruencia, limitándose a resolver el objeto concreto del recurso, o sea, el respeto o no por el Juzgador de instancia del art. 120.3 LPL.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

**12126** Pleno. Sentencia 75/1990, de 26 de abril. Conflicto positivo de competencia 585/1985. Promovido por el Gobierno de la Nación en relación con la Orden de 29 de marzo de 1985 de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, por la que se dictan normas para proveer las plazas asignadas por dicha Comunidad Autónoma en las Escuelas Universitarias de Formación del Profesorado de Educación General Básica de Andalucía.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente; don Francisco Rubio Llorente, don Antonio Truyol Serra, don Fernando García-Mon y González Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Alvaro Rodríguez Bereijo y don José Vicente Gimeno Sendra, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el conflicto positivo de competencia núm. 585/1985, promovido por el Gobierno en relación con la Orden de 29 de marzo de 1985 de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, por la que se dictan las normas para proveer las plazas asignadas por dicha Comunidad Autónoma, por el sistema de ingreso de acceso directo entre graduados procedentes de la undécima promoción del Plan Experimental de 1971 en las Escuelas Universitarias de Formación del Profesorado de Educación General Básica de Andalucía. Ha sido parte el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía representado y defendido por el Abogado don Miguel García Delgado, y Ponente el Presidente don Francisco Tomás y Valiente, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. Por escrito de 25 de junio de 1985 el Abogado del Estado planteó conflicto positivo de competencia frente a la Orden de 29 de marzo de 1985 de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía con invocación del art. 161.2 de la Constitución. Los términos del conflicto y su fundamentación a tenor de las alegaciones del Abogado del Estado son los siguientes.

El Ministerio de Educación y Ciencia del Gobierno de la Nación publicó una Orden de 29 de marzo de 1985 por la que se fijan normas para proveer las plazas de ingreso directo en el Cuerpo Nacional de Profesores de Educación General Básica reservadas a los graduados procedentes de la undécima promoción del Plan Experimental de 1971, estableciendo el número de plazas que han de cubrirse por este sistema de acceso en todo el territorio español en 419 plazas, número equivalente al 2 por 100 del total de alumnos graduados en el curso 1983-84 en todas las Escuelas Universitarias de Formación del Profesorado de Educación General Básica, y en su anexo distribuye las 419 plazas señaladas entre todas las Escuelas de España, incluidas las de Andalucía.

La Orden de la misma fecha de la Junta de Andalucía ahora impugnada asigna 391 plazas en Andalucía para proveer por el sistema de acceso directo entre los alumnos de la undécima promoción de las Escuelas de Formación del Profesorado sitas en Andalucía, lo que significa reservarles plaza al 10 por 100 de los alumnos allí graduados.

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña Angeles García Blanco y, en su virtud:

- 1.º Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.
- 2.º Declarar nula la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 6 de octubre de 1987 (recurso 76/1984).
- 3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictar Sentencia, para que la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dicte nueva Sentencia dentro de los términos del debate planteado en el recurso de suplicación y en su oposición al mismo.

Publiquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintitrés de abril de mil novecientos noventa.—Francisco Rubio Llorente.—Antonio Truyol Serra.—Eugenio Díaz Eimil.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—José Luis de los Mozos y de los Mozos.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—Firmados y rubricados.

El Abogado del Estado entiende de este modo vulnerados los arts. 23, 149.1.18 y 149.1.1 de la Constitución. Considera que la Orden, en cuanto regula un modo de acceso a un Cuerpo Nacional de la función pública es norma básica amparada por el 149.1.18 de la Constitución como competencia estatal. Pero es que además el porcentaje fijado en la Orden estatal, al amparo del art. 5 del Decreto 375/1974, de 7 de febrero, establece un factor o condición de acceso a la función pública que, con arreglo a las exigencias del art. 23 y del 149.1.1, ambos de la Constitución, tiene que ser aplicado de forma igualitaria en todo el territorio nacional. En efecto, afirma el Abogado del Estado, «advirtiéndose que en cualquier caso la lista general de promoción no puede por menos de ser única para todos los que accedan por este sistema en todo el territorio nacional a un mismo Cuerpo de Funcionarios y que esta lista ha de confeccionarla el Ministerio de Educación de acuerdo con el criterio que se establece en el apartado quinto de la Orden de 29 de marzo, sobre acceso directo de los graduados de la undécima promoción del Plan experimental de 1971. La confección de tal lista sería imposible con el criterio allí establecido si en cada zona del territorio nacional se aplicara un tanto por ciento distinto. Y si se incluyeran en ella de acuerdo con el criterio establecido en la Orden inmediatamente antes citada a los graduados que figuren en la lista a la que se refiere el apartado quinto de la Orden autonómica andaluza de 29 de marzo, se otorgaría a éstos un tratamiento de privilegio absolutamente injustificado que pugnaría con los más elementales principios constitucionales aplicables al caso».

En conclusión: Una disposición que por su contenido y finalidad ha de surtir efecto en todo el territorio del Estado no puede corresponder sino a aquel de entre los poderes públicos con proyección en todo el territorio estatal, por lo que el Abogado del Estado suplica que este Tribunal dicte Sentencia por la que se declare la titularidad estatal de la competencia controvertida, con anulación de la Orden impugnada.

2. La Sección primera del Pleno, por providencia de 3 de julio de 1985 acordó admitir a trámite el conflicto; dar traslado de la demanda a la Junta de Andalucía; dirigir oficio al Presidente de la entonces Audiencia Territorial de Sevilla para conocimiento de su Sala de lo Contencioso-Administrativo; tener por invocado el art. 161.2 de la Constitución a los efectos de la suspensión de la Orden, y, finalmente, ordenar la publicación del conflicto en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

3. Por escrito de 29 de julio de 1985 la Junta de Andalucía se opuso al escrito de planteamiento del conflicto. A su juicio es competencia de la Junta, en virtud del art. 15.1.1.º del Estatuto andaluz, el régimen estatutario de sus funcionarios, y aunque tal competencia ha de ejercerse con respeto a las normas básicas del 149.1.18 C.E., la que aquí se discute no tiene tal carácter pues es norma coyuntural, para una sola vez y carente del carácter de estabilidad que viene exigido por la jurisprudencia de este Tribunal. La competencia regulada por el art. 5 del Decreto 375/1974 es meramente ejecutiva, y en cuanto tal puede ser y ha sido correctamente desarrollada por la Orden de la Consejería de la Junta, pues la fijación del número de plazas a proveer por el sistema de acceso directo, con la limitación porcentual establecida, obedece a previsiones meramente coyunturales. En cuanto a la vulneración del principio de igualdad, debe ser también rechazada, pues en virtud del art. 149.1.1 C.E. sólo «las condiciones básicas» de ejercicio de cada derecho forman parte del ámbito de uniformidad constitucionalmente exigido, y la que aquí se discute no es norma o condición básica, sino circunstancia coyuntural.

Finalmente, el Abogado del Estado se queja de que la norma contenida en el apartado quinto de la Orden de 29 de marzo sería

inaplicable en el caso de que se estableciese un porcentaje distinto en cada zona del territorio nacional. Pero esa inaplicabilidad deriva propiamente de la falta de previsión o de respeto por las competencias autonómicas del acto administrativo estatal, es decir, de sus propios errores, pero en ningún caso de un ejercicio abusivo de competencias por las Comunidades Autónomas.

Por todo ello la representación procesal de la Junta replica Sentencia favorable en la que se declare que la titularidad de la competencia controvertida corresponde a la Junta de Andalucía, desestimando la impugnación interpuesta.

4. Por providencia de 6 de noviembre de 1985, y estando próximo a finalizar el plazo de suspensión de cinco meses se dio audiencia a las partes por plazo común de cinco días para que alegasen lo procedente en orden al levantamiento o mantenimiento de la suspensión.

Recibidas las correspondientes alegaciones, el Pleno, por Auto de 28 de noviembre de 1985 acordó el mantenimiento de la suspensión de la Orden impugnada.

5. Por providencia de 24 de abril de 1990 se señaló para deliberación y fallo el día 26 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El conflicto promovido por el Gobierno de la Nación frente a la Orden del 29 de marzo de 1985, de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, se fundamenta, según se acaba de exponer, en el supuesto desbordamiento competencial en el que habría incurrido el órgano de la Comunidad Autónoma al fijar el número de plazas de Profesores de Educación General Básica (EGB, en adelante) que podrían ser cubiertas de modo directo, al margen del concurso-oposición, por alumnos graduados durante el curso 1983-84 en los Centros dependientes de la propia Comunidad Autónoma. La determinación del número de plazas así reservadas para el acceso directo aparece en el art. 1 de la disposición controvertida y constituye, pues, este precepto el objeto inmediato del conflicto.

Las partes en conflicto fundamentan sus respectivas posiciones en los títulos competenciales que una y otra —el Estado y la Comunidad Autónoma— ostentan sobre el régimen de la función pública (art. 149.1.18 de la Constitución y 15.1.1.º del Estatuto de Autonomía de Andalucía), alegatos que se complementan, por la parte actora, con la invocación del art. 149.1.1.º de la Constitución y, por la representación de la demandada, con la cita de las competencias que corresponden a la Comunidad Autónoma sobre enseñanza en el propio territorio (art. 19.1 del Estatuto de Autonomía). Por lo demás, la Abogacía del Estado ha puesto de manifiesto en la demanda, que la competencia a su juicio indebidamente ejercida por la Comunidad Autónoma fue ya ejercida por el Estado a través de la Orden de 29 de marzo de 1985, de tal modo que al conflicto de competencias que nuestra Sentencia ha de zanjar se superpone, en apariencia, una colisión normativa entre disposiciones que, con fecha idéntica, fijan un diverso número de plazas para su cobertura directa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Los rasgos iniciales con los que así se manifiesta el conflicto (diversa identificación «material» de las competencias en liza y plasmación de una y otra en actos contradictorios) requieren de alguna aclaración preliminar antes de entrar en el fondo del problema.

2. Es cierto, como en ocasión anterior hemos señalado, que las disposiciones y actos relativos al acceso a la función pública docente pueden en principio enmarcarse, a efectos competenciales, tanto en el propio ámbito de las potestades sobre el régimen funcional como en el correspondiente a la enseñanza (STC 48/1985, fundamento jurídico 4.º), encuadramiento indistinto que, sin embargo, no suscita en este caso dificultad de interpretación. La Orden autonómica que el Gobierno de la Nación impugna afecta, desde luego, al acceso a la función pública, pero no como pudiera hacerlo, en hipótesis, una reglamentación abstracta o genérica para toda la Administración autonómica, sino, en términos mucho más precisos, como disciplina parcial que es de un modo especial (excepcional, mejor) de integración en la función docente. Por ello el título competencial que más conviene a esta Orden es —se haya ejercido o no rectamente— el que la Comunidad ostenta para la «regulación y administración de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados» (art. 19.1 del Estatuto de Autonomía) ya que es a la enseñanza y no a otra actividad a la que se restringe tal modo excepcional de acceso. Esta identificación objetiva de la competencia ejercida de ninguna manera descarta, claro está, que la disposición autonómica deba respetar y acomodarse a las reglas y, en su caso, a los actos estatales dictados en virtud de títulos referidos a «materias» diversas (art. 149.1.18 de la Constitución, en este caso) o que sin versar, en rigor, sobre «materia» alguna habilitan al Estado para garantizar, en todo el territorio, determinados principios fundamentales (art. 149.1.1.º del texto constitucional).

La evidencia, en otro orden de cosas, de que la competencia ejercida por la Comunidad Autónoma ha entrado aquí, efectivamente, en colisión con la competencia que para sí reivindica el Estado tampoco ha de desdibujar, en fin, el carácter del presente proceso. En este tipo de

conflictos constitucionales se enjuician y resuelven controversias competenciales, no colisiones internormativas, y nuestro examen se ha de ceñir, por tanto, al de la validez constitucional y estatutaria de la Orden de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, frente a la que se ha promovido el conflicto. La Orden que, sobre el mismo objeto, ha dictado el Gobierno de la Nación no podrá ser aquí considerada, en definitiva, sino para apreciar si en ella —como el Abogado del Estado dice— existen determinaciones que hayan de ser tenidas por «básicas» en el sentido de los apartados 1.º y 18.º del art. 149.1 de la Constitución.

3. Las anteriores consideraciones no agotan la exposición de las peculiaridades del caso que deben ser examinados antes de entrar en el fondo del mismo. Quedan, en efecto, por analizar algunos problemas concernientes no tanto a las Ordenes en conflicto como a la norma de rango superior de la que tanto la Orden ministerial como la de la Comunidad Autónoma de Andalucía dicen traer causa, y que es el Decreto 375/1974, de 7 de febrero, del Ministerio de Educación y Ciencia por el que se regulaba «transitoriamente el acceso al Cuerpo de Profesores de Educación General Básica». En él se fijaba, junto al acceso «mediante concurso-oposición libre» (art. 1) otra vía de un llamado «acceso directo» desde las Escuelas Universitarias de Formación del Profesorado de EGB para aquellos alumnos que tuvieran «expediente sobresaliente a lo largo de todos los estudios de la carrera» (art. 1 y 2), entendiéndose por tal el de aquellos alumnos que no tuvieran ningún suspenso y alcanzarán como nota media final de carrera ocho puntos, como mínimo, puntuando sobre diez como máximo (art. 3). Previos los datos facilitados por las Escuelas, la Dirección General del Ministerio elaboraría anualmente una «relación nominal certificada ordenada de mayor a menor puntuación» de todos los alumnos graduados que cumplieran los requisitos del llamado expediente sobresaliente (art. 4). El Ministerio de Educación y Ciencia debería publicar cada año, «de existir vacantes en el Cuerpo», la correspondiente convocatoria de las plazas a cubrir por «esta excepcional forma de ingreso», bien entendido que el número de plazas a proveer así «nunca podrá ser superior al 10 por 100 del número de alumnos graduados en cada promoción» (art. 5), y que serían adjudicadas a los componentes de la «relación nominal» previamente confeccionada en orden de mayor a menor puntuación.

Aunque no se cuestiona, ni podría cuestionarse en este proceso constitucional, la adecuación de tal Decreto preconstitucional a los oportunos preceptos constitucionales, no está de más hacer constar que, pese a la excepcionalidad (art. 5) de dicha forma de ingreso, ésta valoraba condiciones de mérito y capacidad (art. 103.3 C.E.), si bien desplazaba la valoración a una fase previa a la que el mismo Decreto denominaba «concurso-oposición libre». Por ello el acceso directo así regulado pudo subsistir después de la Constitución e incluso después de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Esta Ley, en efecto, ni menciona el Decreto 375/1974, en su Disposición derogatoria, ni contiene precisión alguna en su extensa Disposición transitoria decimoquinta sobre el acceso directo al Cuerpo de Profesores de EGB, ni puede decirse que derogara tácitamente tal sistema de ingreso en cuanto opuesto al artículo 19 en donde se establece que las Administraciones Públicas seleccionarán su personal «a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre», sin duda porque cabe entender que, aunque restringida, el llamado acceso directo contenía una selección no incompatible con las mínimas exigencias que la Constitución y la mencionada ley establecen. Precisamente al amparo del Decreto 375/1974 y citándolo ambas de modo expreso se promulgaron las Ordenes de 29 de marzo de 1985.

Ahora bien el Real Decreto 533/1986, de 14 de marzo, derogó el preconstitucional Decreto 375/1974, ya que, como razonaba su breve exposición de motivos y establecía su artículo 2 el procedimiento de selección para el ingreso en los Cuerpos docentes «será el de concurso-oposición», norma de carácter general que se completaba, por lo que se refiere al acceso en el Cuerpo de Profesores de EGB, en su Disposición transitoria única, en la que se establece que los aspirantes al acceso a tal Cuerpo que procedan de la promoción undécima del Plan Experimental de 1971 «y que reúnan las condiciones que se exigían para el acceso directo en el Decreto 375/1974, de 7 de febrero, en un número equivalente al 10 por 100 de los mismos, quedarán exentos de la prueba o pruebas de conocimientos específicos que se establezcan en las indicadas convocatorias, sustituyéndose a estos efectos la calificación correspondiente a dichas pruebas por la nota media del expediente académico.

Mientras estuvo vigente el Decreto citado planteó problemas que ahora hemos de resolver en cuanto que, pensado para un momento en que todas las competencias en el reguladas y en particular las del artículo 5 se atribuían al Ministerio de Educación y Ciencia, hubo de coexistir con el nuevo sistema constitucional y estatutario de reparto de competencias, por lo que aquí importa, en materia de acceso a los Cuerpos de funcionarios docentes y en materia de enseñanza, entre los órganos centrales del Estado y las Comunidades Autónomas.

Planteado el problema en este terreno lo que ahora hemos de dilucidar principalmente es si la vía de acceso directo al Cuerpo de Profesores de EGB constituye, aun siendo preconstitucional, una norma básica de ingreso en la función pública y en cuanto tal integra en todos

sus pasos una competencia estatal al amparo del art. 149.1.18 de la Constitución; o si, dado el posterior marco constitucional y estatutario el contenido de la Orden de 29 de marzo de 1985 de la Consejería de Educación andaluza es un acto de ejecución en desarrollo y aplicación de aquella «excepcional forma de ingreso», y al amparo de sus competencias estatutarias antes enunciadas.

4. No es dudoso que la competencia de la Comunidad Autónoma para la «regulación y administración de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados» (art. 19.1 de su Estatuto) legitima la intervención de los órganos autonómicos en el proceso de selección del Profesorado de EGB para la cobertura de plazas vacantes en el territorio de la propia Comunidad. Cuales sean los términos de tal intervención no es cosa que debamos determinar en abstracto. Tampoco la Abogacía del Estado ha discutido dicha competencia, que entra sin dificultad, como decimos, en la amplia rúbrica del precepto estatutario citado y que se encuentra, por lo demás, expresamente reconocida en la normativa reguladora del traspaso de servicios, y consiguiente transferencia de funcionarios, a la Comunidad Autónoma (letra «g», apartado «B», del Real Decreto 3.936/1982, de 29 de diciembre). Dicha competencia para ordenar la función pública docente en el propio territorio se reconoce también en la Ley 30/1984, de 2 de agosto (Disposición adicional 15, apartado 10) y no ha de ser obstáculo a su ejercicio, desde luego, la sola constatación del carácter nacional (o «estatal») del Cuerpo de Profesores de EGB, por razones análogas a las que expusimos en la STC 48/1985, antes citada (fundamento jurídico 6.º).

Admitido lo anterior, lo que ahora se ha de ver es si la intervención de la Comunidad Autónoma en el proceso de selección de Profesorado de EGB para cubrir vacantes en el territorio de Andalucía pudo llegar hasta la determinación, realizada por la Orden en conflicto, del número de plazas reservadas para su provisión directa entre alumnos graduados en las Escuelas Universitarias de Formación del Profesorado de EGB gestionadas por la Comunidad Autónoma. La exposición de motivos de la Orden controvertida sostiene, muy claramente, lo mismo que ante nosotros ha reiterado la representación de la demandada, esto es, que los órganos autonómicos correspondientes podían, en su propio ámbito, sustituir a las autoridades del Ministerio de Educación y Ciencia para la fijación anual del número de plazas a cubrir por este cauce directo y excepcional creado por el Decreto 375/1974, de 7 de febrero. Frente a dicha afirmación competencial, la representación actora ha aducido, según quedó dicho, que la fijación del número de plazas a cubrir de modo directo correspondería, inexcusablemente, al Ministerio de Educación y Ciencia. Entiende, en efecto, la Abogacía del Estado que dicha determinación unitaria, para todo el territorio nacional, constituye un «elemento básico» del régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 149.1.18 de la Constitución) y una exigencia, asimismo, del aseguramiento de unas básicas condiciones de igualdad entre todos los españoles para el acceso a las funciones públicas (art. 149.1.1.º de la norma fundamental, en conexión con su art. 23.2).

El primer argumento que la demanda expone para fundamentar la invalidez de la Orden autonómica no puede ser compartido por este Tribunal, pues la decisión que atribuyó al Ministerio de Educación y Ciencia el artículo 5 del Decreto 375/1974 no constituye una determinación «básica» en orden al régimen estatutario de los funcionarios de todas las Administraciones públicas. La regulación, en sus contenidos primeros o nucleares, de los modos de acceso a la función pública forma parte, indiscutiblemente, de la competencia que atribuye al Estado el art. 149.1.18 de la Constitución, pero mediante una decisión como la que aquí adoptó el órgano de la Comunidad Autónoma no se creó ni alteró vía alguna para aquel acceso. La norma preconstitucional que aplicó la Consejería de Educación y Ciencia sí habría hoy de verse, en tanto reguladora del acceso al Cuerpo de Profesores de EGB, como integrada en las «bases» cuya adopción y modificación es competencia exclusiva del Estado según el citado precepto constitucional, pero lo que ya no es posible, como bien se comprende, es predicar otro tanto de los actos que, dentro de aquel sistema y sin alterarlo, proveyeron a su ejecución y puesta en práctica, y esto fue lo que hizo, en lo que ahora importa, la Orden que se ha traído al conflicto. Al adoptarla no se contrarió criterio básico alguno de régimen de acceso al funcionario, criterios sólo reconocibles (salvo excepción que aquí no es de apreciar) en las normas que integran ese régimen, no en los actos que las ejecutan y aplican (por todas, STC 102/1985, fundamento jurídico 2.º). La Orden en conflicto se incardina, pues, en la «administración de la enseñanza» (artículo 19.1 del Estatuto de Autonomía) y, como tal acto de ejecución, no puede decirse contrario a la competencia estatal ex art. 149.1.18. Basta con constatarlo así para descartar, en cuanto a este punto, la argumentación del Abogado del Estado.

En síntesis: constituyó, mientras estuvo vigente, una norma básica, amparada como competencia estatal por el 149.1.18 C.E., el establecimiento del acceso directo al Cuerpo de Profesores de EGB reservado a los alumnos con expediente sobresaliente y la fijación de un tope máximo anual de plazas reservadas para tal sistema fijado en el 10 por 100 del número de alumnos graduados. Constituyó, sin embargo, un acto de ejecución la fijación en 1984 por la Orden de la Comunidad de Andalucía en el marco del artículo 19.1 de su Estatuto la determinación del porcentaje de plazas que ese año se reservaba en tal Comunidad para

el llamado acceso directo, puesto que los elementos básicos de este excepcional sistema de selección ya estaban determinados en el Decreto 375/1974.

Es obvio que al sustituir con ese acto de ejecución la Consejería andaluza al Ministerio de Educación y Ciencia, el cómputo del porcentaje hubo de llevarse a cabo, como así lo hizo la Orden impugnada, sobre el número de alumnos graduados en el curso 1983-84 en las Escuelas de Formación del Profesorado de EGB de Andalucía, lo que, a juicio del Abogado del Estado supone, como vamos a ver, una violación de las exigencias igualitarias del art. 149.1.1.º de la Constitución.

5. En efecto, puede pensarse que la fijación por la Comunidad Autónoma del número de plazas reservadas para el acceso directo al Cuerpo de Profesores de EGB resultó inválida por introducir un elemento de desigualdad incompatible con lo prevenido en el art. 149.1.1 de la Constitución. Así lo cree el Abogado del Estado, quien, por consiguiente, afirma que la fijación unitaria, para todo el territorio nacional, del número de plazas que así se habrían de cubrir, y su asignación proporcional, después, en atención al número de alumnos graduados en cada Centro, constituiría una condición básica de la igualdad a disponer, exclusivamente, por la Administración estatal.

Es del todo claro que la intervención de las Comunidades Autónomas en los procedimientos de selección de los funcionarios que hayan de cubrir plazas vacantes en los servicios transferidos (servicios cuya administración, por tanto, les corresponde) ha de deparar una cierta diversidad en las oportunidades efectivas para el acceso a un determinado empleo público en unas y otras partes del territorio, diversidad causada, en lo fundamental, por el mismo régimen de convocatorias «específicas» que, en lo que afecta a la función pública docente, entronizó el Real Decreto 229/1981, de 5 de febrero, y que recogió también entre sus previsiones el ya citado Real Decreto 3936/1982, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de educación. Tampoco cabe discutir que dicha diversidad es en sí misma, y como tantas otras, fruto necesario y legítimo de la autonomía que la Constitución garantiza, de tal modo que lo que cabe exigir a los órganos de las Comunidades Autónomas, y lo que debe ser preservado por el Estado, es estrictamente que el despliegue de las competencias de aquéllas no cree rupturas («divergencias irrazonables y desproporcionadas», dijo nuestra STC 48/1988, en su fundamento jurídico 25) en las «condiciones básicas» de igualdad de todos los españoles para el ejercicio y cumplimiento de sus derechos y deberes constitucionales y, en el caso presente, para el acceso a la función pública docente. Uniformidad, en otras palabras, no es identidad, y tanto menos ha de serlo cuando la primera se afirma, en este art. 149.1.1.º de la Constitución, como elemento de integración, no de supresión, de la diversidad que nace de la autonomía. Así lo ha venido señalando este Tribunal desde sus primeras resoluciones (STC 37/1981, fundamento jurídico 2.º) y así también, desde esta perspectiva, hemos de examinar ahora el acto autonómico controvertido.

El Decreto 375/1974, aplicado por la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía dispuso, como vimos en el fundamento tercero, una doble vía para el acceso al Cuerpo de Profesores de EGB (acceso «directo» y mediante concurso-oposición), fijó las condiciones («expediente sobresaliente») para ingresar en el Cuerpo por el primero de estos cauces y estableció también, en lo que ahora importa, un límite en la reserva anual de plazas a cubrir por este modo excepcional, determinándose (art. 5) que en «cada convocatoria se fijará el número de plazas a proveer por este sistema, que nunca podrá ser superior al 10 por 100 del número de alumnos graduados en cada promoción». Esta previsión del tope máximo buscaba, manifiestamente, asegurar que la diferencia introducida entre aspirantes, según su expediente académico, no acabara privando de virtualidad a la vía del concurso-oposición.

Las Comunidades Autónomas que, como la de Andalucía, ostentan competencias para la administración de la enseñanza pudieron, ciertamente, aplicar esta normativa mientras estuvo en vigor y su actuación no podría tacharse de ilegítima, desde las exigencias que impone el art. 149.1.1.º de la Constitución, en tanto las decisiones autonómicas se atuvieran, en mérito precisamente a la igualdad, a las determinaciones del Decreto 375/1974 que acabamos de reseñar, esto es, en tanto respetaran la doble vía para el acceso al Cuerpo, la definición idéntica de las condiciones que habrían de reunir los aspirantes a la integración «directa» y el límite porcentual, en definitiva, que el Decreto fijó para determinar cuántas plazas, como máximo, podrían cubrirse por este cauce excepcional. No habrían de ir más allá garantizadas estas condiciones uniformes, esto es las exigencias del art. 149.1.1.º de la Constitución ni puede aceptarse la argumentación del Abogado del Estado según la cual la fijación por el Estado del porcentaje (variable cada año) de plazas reservadas para el acceso directo sería una de las condiciones básicas de la igualdad entre todos los españoles cuyo aseguramiento viene impuesto por aquel precepto constitucional. Es muy cierto que esa limitada diversidad en la fijación de los porcentajes dichos medidos dentro de cada Comunidad competente modificaba, según los casos, las oportunidades efectivas para el ingreso, por una u otra vía, de aspirantes que, con expediente idéntico, hubieran alcanzado su título en Centros dependientes de distintas Comunidades Autóno-

mas, pero esa diversidad por razón del territorio no hubiera sido, en sí misma, contraria al 149.1.º C.E, como tampoco lo era la diferencia de trato que entre aspirantes de expediente igual, pero de promoción distinta, permitía establecer el Decreto al prever la modificación anual del porcentaje de plazas reservadas. Unas diferencias y otras -territoriales o temporales- tendrían una misma y legítima razón de ser (la apreciación de necesidades cambiantes en el espacio y en el tiempo) y la que aquí nos ocupa -la diversidad que es fruto de la autonomía- se ha de considerar compatible con la igualdad cuando, como sucede con la Orden impugnada, las decisiones autonómicas no quebrantan las expectativas que creó el Decreto 375/1974 para quienes pretendieran integrarse en el Cuerpo de Profesores de EGB. Es preciso, incluso, reconocer que la igualdad resulta de mejor manera garantizada si la fijación del número de plazas de cobertura directa en el ámbito de cada Comunidad Autónoma se establece teniendo en cuenta el número de vacantes existentes en los centros escolares del respectivo territorio, lo que conduce, obviamente, al establecimiento de porcentajes de reserva diversos en las distintas partes del territorio.

Dicho de otro modo, no se trata de que hubiera un número total de plazas reservadas por el Ministerio a toda España anualmente (419 para 1985) y que la Comunidad andaluza acaparara para sí por medio de la Orden impugnada 391 de esas plazas, con notoria desventaja para los graduados sobresalientes del resto del territorio nacional y simultánea vulneración del art. 149.1.1.º de la Constitución. Lo que sucedió fue que el Ministerio, en 1985, al fijar el porcentaje de reserva en todo el territorio nacional en un 2 por 100, ejerció una competencia de ejecución que en Andalucía, y según el art. 19 de su Estatuto, corresponde a la Comunidad, cuya Orden de 29 de marzo de 1985, al respetar todos los requisitos del Decreto 375/1974, de 7 de febrero, incluido el tope máximo del 10 por 100 midiéndolo dentro de la Comunidad no vulneró competencia estatal alguna. En efecto, en la Orden impugnada, manteniéndose abiertas las dos vías para el ingreso

en el Cuerpo entonces existente, se fijó un porcentaje de plazas de cobertura directa que no excedió del límite fijado en el Decreto 375/1974, límite en el que se cifraba, por todo lo dicho, la condición básica de igualdad que, sin merma de la autonomía, había de ser respetada por las Comunidades Autónomas (por la de Andalucía, en este caso) que decidieran ejercer, a este propósito, sus competencias en materia de enseñanza. Esta conclusión impone, por tanto, el rechazo de la pretensión formulada en la demanda y el reconocimiento de que correspondía a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia para adoptar la Orden de 29 de marzo de 1985, frente a la que el conflicto se ha suscitado.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Declarar que la titularidad de la competencia ejercida por la Orden de 29 de marzo de 1985 de la Consejería de Educación y Ciencia de Andalucía corresponde a aquella Comunidad Autónoma.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiséis de abril de mil novecientos noventa.-Francisco Tomás y Valiente.-Francisco Rubio Llorente.-Antonio Truyol Serra.-Fernando García-Mon González Regueral.-Carlos de la Vega Benayas.-Eugenio Díaz Eimil.-Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer.-Jesús Leguina Villa.-Luis López Guerra.-José Luis de los Mozos y de los Mozos.-Alvaro Rodríguez Bereijo.-Jose Vicente Gimeno Sendra.-Rubricados.

**12127** Pleno. Sentencia 76/1990, de 26 de abril. Recurso de inconstitucionalidad 695/1985 y cuestiones de inconstitucionalidad 889/1988 y 1.960/1988 (acumulados), interpuesto el primero por sesenta Senadores y promovidas las segundas, respectivamente, en relación con determinados preceptos de la Ley 10/1985, de 26 de abril, de modificación parcial de la Ley General Tributaria.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente; don Francisco Rubio Llorente, don Antonio Truyol Serra, don Fernando García-Mon y González Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Alvaro Rodríguez Bereijo y don Vicente Gimeno Sendra, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad 695/1985, interpuesto por don Luis Fernández Fernández-Madrid, en su propio nombre y como Comisionado por otros cincuenta y nueve Senadores, y en las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 889 y 1.960/1988, acumuladas al mismo y promovidas, respectivamente, por la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia y por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, frente a determinados preceptos de la Ley 10/1985, de 26 de abril, de modificación parcial de la Ley General Tributaria. Han comparecido el Gobierno de la Nación, representado por el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Leguina Villa, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 19 de julio de 1985, don Luis Fernández Fernández-Madrid, en su propio nombre y como Comisionado por otros cincuenta y nueve Senadores del Grupo Parlamentario Popular, interpone recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 1, 4 y 5 de la Ley 10/1985, de 26 de abril, de modificación parcial de la Ley General Tributaria, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» el 27 de abril de 1985.

2. El recurso se fundamenta en las alegaciones que a continuación se resumen:

A) Deben estimarse inconstitucionales los arts. 1 y 4 de la indicada Ley 10/1985 por los que se da una nueva redacción a los arts. 38.1 y 77.1 de la Ley General Tributaria (LGT). En estos preceptos se establece que:

«responderán solidariamente de las obligaciones tributarias todas las personas que sean causantes o colaboren en la realización de una infracción tributaria» (art. 38.1) y «son infracciones tributarias las acciones y omisiones tipificadas y sancionadas en las Leyes. Las infracciones tributarias son sancionables incluso a título de simple negligencia» (art. 77.1). El nuevo art. 77.1 define de una forma objetiva la infracción tributaria, haciendo desaparecer cualquier exigencia de voluntariedad o intencionalidad y otro tanto cabe decir del actual art. 38.1 del que desaparece toda referencia a las personas que «dolosamente» sean causantes de las infracciones, tal y como antes se decía en este mismo precepto. La conjunción de ambos artículos supone la peligrosa asunción de un régimen de responsabilidad objetiva.

En el antiguo art. 77.1 de la LGT se decía que son infracciones tributarias las acciones u omisiones «voluntarias y antijurídicas» tipificadas en las Leyes; con lo que no se hacía sino seguir el camino del antiguo art. 1 del Código Penal, donde se afirmaba que son delitos o faltas las acciones y omisiones «voluntarias» penadas por la Ley. La razón de ser de aquella definición se encontraba en la razonable convicción de que las infracciones y sanciones tributarias configuran una materia eminentemente penal, pues con la sanción aquí no se persigue recaudar el tributo, sino exigir un «plus», a quien no ha pagado debidamente, esto es, sancionar una conducta antijurídica y buscando con ello una doble finalidad: disuasoria o intimidatoria del infractor y, a la par, ejemplificadora para terceros. La supresión del requisito consistente en la voluntad de conseguir un resultado injusto posee una indudable transcendencia y sólo se cae en la cuenta de la magnitud de lo establecido en el art. 77.1 cuando se advierte que únicamente existen dos correcciones a este intento de objetivar al máximo las infracciones tributarias: lo dispuesto en el párrafo cuarto del art. 77 sobre las circunstancias que eximen de responsabilidad, y la regulación de los delitos contra la Hacienda Pública que se hace en la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril. Por lo demás, ni tan siquiera se contempla un factor de corrección como es el error de Derecho, de innegable oportunidad, habida cuenta de la enorme complejidad técnica que posee la normativa tributaria. Esta inseguridad jurídica se ve acrecentada por el hecho de que en la nueva redacción del art. 107, dada por la Ley 10/1985, se suprime el carácter vinculante de las consultas a la Administración, lo que contribuirá a emanar opiniones no vinculadas por la legalidad, sino por el incremento de los ingresos públicos. En virtud de este panorama, resta un contribuyente perdido en la maraña de normas tributarias y muy propicio a caer, «incluso a título de simple negligencia», en una infracción.

En suma, debe concluirse que la sanción tributaria participa de la misma naturaleza que las penas contenidas en el Código Penal. Sin embargo, tras la reforma operada se suprime la exigencia de «voluntariedad» y se añade que serán sancionadas las infracciones «incluso a título de simple negligencia», modificaciones que suponen un inadmisibles «giro copernicano» en la materia. Por el contrario, una vez sentado que los principios inspiradores del orden penal resultan de aplicación con matices al Derecho Administrativo sancionador, por ser ambos manifes-