

Javier FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA  
Letrado del Tribunal Supremo

• ENUNCIADO:

*Por Orden de 10 de abril de 2002, publicada en el Diario Oficial del día siguiente, la Comunidad Autónoma ... convocó proceso selectivo para el ingreso por el sistema general de acceso libre en el Cuerpo Superior de la Administración de la Junta de Comunidades de ... Cuerpo que fue creado al poco tiempo de acceder a Comunidad Autónoma, por tanto hacía ya bastante tiempo. Al mismo podían acceder los que estuvieran en posesión del título de licenciados, ingenieros o arquitectos.*

*Las plazas ofrecidas para la especialidad jurídica eran 48. El programa comprende tanto temas jurídicos comunes como propios de la normativa autonómica.*

*El proceso selectivo convocado por la Junta se estructura, en lo que aquí interesa, del siguiente modo:*

*1. Fase de oposición; eliminatoria si no se obtiene un total de 47,50 puntos sobre 100.*

*1.1. Primera prueba: examen tipo test con 100 preguntas; eliminatorio si no se obtiene un mínimo de 17,5 puntos sobre 35.*

*1.2. Segunda prueba: eliminatoria si no se obtiene un mínimo de 30 puntos sobre 60; consta de:*

*1.2.1. Primer ejercicio: desarrollo por escrito de un tema de la parte común del programa, a elegir de entre dos, y tres de la específica, a elegir de entre cuatro; eliminatorio si no se obtiene un mínimo de 9 puntos sobre 30.*

*1.2.2. Segundo ejercicio: resolución de uno o varios supuestos prácticos; eliminatorio si no se obtiene un mínimo de 9 puntos sobre 30.*

*1.3. Tercera prueba: voluntaria y no eliminatoria: idioma extranjero.*

*2. Fase de concurso; no eliminatoria.*

*2.1. Primer mérito: máximo 40 puntos:*

*2.1.1. Servicios prestados como funcionario (o personal laboral con funciones similares) en el Cuerpo Superior de la Administración de la Junta de Comunidades de ...: 0,55 puntos por mes.*

*2.1.2. Servicios prestados en otras Administraciones Públicas si el puesto tiene asignadas funciones similares a las anteriores: 0,37 puntos por mes.*

## 2.2. Segundo mérito: 5 puntos: doctorado.

*Cinco Licenciados en Derecho, el día 24 de abril de 2002, sin haber presentado instancia alguna para poder tomar parte en dicho proceso selectivo, interponen recurso contencioso-administrativo, por los trámites del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, contra la mencionada Orden afirmando que la misma vulnera el derecho constitucional al acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad previsto en el art. 23.2 de la Constitución, fundando tal afirmación en los alegatos siguientes:*

*1.º Que pudiéndose presentar, por la titulación que ostentan (Licenciatura en Derecho), tanto a la especialidad de Administración General como a la Jurídica, sin embargo resulta que las bases del proceso selectivo les obligan a optar por una o por otra.*

*Manifiestan que este problema sólo les afecta a ellos como Licenciados en Derecho que son, y que, por lo tanto, resultan claramente discriminados.*

*2.º Que la Orden valora de forma desproporcionada la experiencia ganada por los funcionarios interinos al servicio de la Junta de Comunidades de ... De hecho existían 40 interinos que llevaban prestando servicio para la Junta por tiempo superior a seis años y un mes y otros 94 por tiempo inferior.*

*3.º Que se valora más, injustificadamente, la experiencia en puestos similares a los ofrecidos cuando se obtiene en el ámbito de la Administración de la Junta de Comunidades de ... que cuando se ha obtenido en el de otras Administraciones Públicas. La Junta lo justifica por el mejor conocimiento de la normativa autonómica propia en los que han estado al servicio de la Administración Autonómica.*

*4.º Que la existencia de un ejercicio práctico en la fase de oposición beneficia, también, a los interinos, dado que por su experiencia les resulta más sencilla la resolución del supuesto práctico de que se trate.*

*5.º Que dado el carácter voluntario de la prueba de idiomas, contenida en la fase de oposición, debió incardinarse en el seno de la de concurso.*

*6.º La escasa valoración en cuanto a puntos por la circunstancia de poseer el doctorado.*

*7.º Los exámenes de la fase de oposición no son leídos por el opositor ante el Tribunal, sino que son objeto de lectura por el propio Tribunal, lo cual impide la transparencia del sistema de selección.*

*8.º No designación en la convocatoria de los miembros que van a componer el Tribunal.*

*Por todo ello, solicitan la nulidad total de la referida Orden de Convocatoria.*

*La Administración Autonómica se opone al citado recurso, en todos sus alegatos, incidiendo especialmente en algunas circunstancias específicas tales como:*

*1.º Que se trata de un proceso selectivo excepcional o singular para los que se ha admitido por la jurisprudencia libertad para realizar la ponderación de méritos.*

*2.º La falta de legitimación de los recurrentes pues los mismos no habían presentado instancia alguna para tomar parte en el proceso selectivo.*

*3.º Que en algunas de las causas alegadas no es posible su examen en este tipo de proceso.*

*4.º La falta de legitimación de los recurrentes para alegar la diferente valoración de la experiencia ganada en puestos de la Junta respecto a la ganada en otras Administraciones Públicas,*

*pues se da la casualidad de que ninguno de ellos posee méritos consistentes en experiencia en otras Administraciones Públicas, de modo que en nada les beneficiaría la estimación de este motivo, más bien al contrario, les perjudicaría.*

*5.º Que, en ningún caso, de admitirse alguna de las razones apuntadas por los recurrentes, estaríamos en presencia de la nulidad de toda la Orden, sino que en base al art. 64 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC), la nulidad de la misma sería parcial y no total.*

#### • CUESTIONES PLANTEADAS:

Realizar el oportuno informe jurídico en el que se analicen, de forma razonada, los diversos alegatos mantenidos por las partes intervinientes en este recurso.

#### • SOLUCIÓN:

### EXAMEN DE LOS ALEGATOS DE LOS RECURRENTES

1. En primer lugar, se afirma por parte de aquéllos que el derecho constitucional del artículo 23.2 de la Constitución se viola por el hecho de que, pudiéndose presentar, por la titulación que ostentan (Licenciatura en Derecho), tanto a la especialidad administrativa general como a la jurídica, sin embargo resulta que las bases del proceso selectivo les obligan a optar por una u otra.

Hay que señalar que siendo el cuerpo superior un cuerpo único (sin perjuicio de que a través de especialidades de examen se pretenda lograr el acceso de personas versadas en distintas materias para atender a los variados cometidos y funciones que se asignan al mismo) es del todo coherente y lógico que se permita únicamente el acceso a través de una sola de las especialidades del examen, pues en otro caso se podría acceder dos veces al mismo cuerpo.

Por otro lado, y sobre todo, debe indicarse que, en cualquier caso, en este problema no aparece implicado el derecho constitucional de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad.

Los recurrentes manifiestan que el problema sólo les afecta a ellos y, por eso, resultan discriminados. Sin embargo, esto no es así y es errónea esta apreciación, sobre todo si se considera que a la especialidad de Administración General no pueden concurrir solamente tales licenciados, sino cualquier licenciado en otras materias, ingeniero o arquitecto, de modo que en cualquier caso el defecto de la convocatoria, si lo fuera, que no lo es, lo sufrirían todos los posibles aspirantes por igual, lo que elimina cualquier posibilidad de vulneración del derecho a la igualdad en el acceso.

2. Afirman, a continuación, que existe una valoración desproporcionada de la experiencia ganada por los interinos al servicio de la Junta.

Para examinar si tal valoración afecta al derecho constitucional de igualdad en el acceso, hemos de tener en cuenta que el proceso selectivo establecido por la Orden impugnada posee un elemento que es clave a la hora de hacer más o menos discutible la concurrencia de la alegada vulneración: nos encontramos con una fase de oposición previa a la de concurso y de carácter eliminatorio, en la que los aspirantes son tratados igualitariamente. Así pues, no puede afirmarse que las pruebas sean de las que se denominan restringidas, es decir, limitadas a los interinos, que el Tribunal Constitucional

(TC) ha admitido con carácter absolutamente excepcional y motivadas por circunstancias muy concretas, rechazándose en otro caso (Ss. 27/1991, 60/1994 y 16/1998). Por el contrario son pruebas que ofrecen a todos ciertas posibilidades de ser superadas. Por tanto, en principio, se trata de pruebas que no suponen una flagrante y arbitraria voluntad de beneficiar a un colectivo determinado de forma injusta, impidiendo el acceso de quienes no pertenezcan a dicho colectivo. Ahora bien, el hecho tan sólo de que los no interinos puedan acceder sin más no implica a priori que no sea posible la vulneración del derecho constitucional denunciado, sino que hay que examinar si la restricción de las posibilidades de acceso que la valoración de los interinos supone respecto de los demás participantes, que sin duda existe, es razonable o, por desproporcionada, atenta a los principios de mérito, capacidad e igualdad en el acceso.

La fase de la oposición es igual para todos. Ahora bien, una vez superada la misma (con un mínimo de 47,50 puntos sobre 100), el proceso selectivo no está finalizado sino que continúa y quienes continúan en él no tienen ahora menos derecho a ser tratados conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad que tenían al inicio del proceso. De manera que es legítimo plantearse si, pese a esta primera fase igualitaria, la diferencia de trato que surge a partir de este momento entre interinos y no interinos resulta proporcionada.

El mérito consistente en haber prestado servicio como funcionario en el Cuerpo superior de la Administración de la Junta de Comunidades de XXX puede valorarse con un máximo de 40 puntos sobre un total de 45 de la fase de concurso, y 145 del total de las pruebas, y a razón de 0,55 puntos por mes completo de servicios. Ello quiere decir que un interino (o laboral en su caso) de la Junta que haya prestado servicio durante seis años y un mes alcanza el máximo de 40 puntos; y debe tenerse en cuenta que las plazas ofrecidas en la especialidad jurídica son 48 y los interinos de la Junta que alcanzan los 40 puntos son 40, aparte de otros 94 con puntuaciones inferiores pero en algún caso importantes. Lo anterior también quiere decir que la fase de concurso está acaparada en un 88,8 por 100 por la valoración de este mérito. Y significa, sobre todo, lo siguiente: que un opositor no interino de la Junta que en la fase de la oposición obtuviera nada menos que un 87 sobre 100, puntuación que debe ser calificada de brillante, a sólo 13 puntos del máximo de 100, que suele ser inalcanzable, quedaría desplazado por cualquiera de los 40 interinos mencionados que hubiere aprobado con un escaso 47,5 mínimo para hacerlo y que no supone, siquiera, la mitad de la puntuación posible en la fase de oposición.

Todo esto pone de manifiesto que el no interino que obtuviera esa brillante puntuación de 87 sobre 100, después de ejercicios teóricos y prácticos, ha demostrado una capacidad ciertamente sobresaliente que de nada o muy poco le va a valer, frente a otro (interino) que por el hecho de llevar seis años y un mes al servicio de la Junta obtiene la plaza superando la oposición con el mínimo exigido de 47,5. Sin olvidar que de éstos hay 40 que tienen el máximo de 40 puntos y que las plazas ofertadas son 48.

A la vista de esto no cabe sino afirmar que no es proporcionado ni adecuado al principio y derecho de igualdad en el acceso, ni a los de mérito y capacidad, que quien manifiesta una capacidad tan destacada en los aspectos teóricos y prácticos de la materia que sirve de sustrato al ejercicio de la función a la que aspira se pueda ver desplazado a consecuencia de la posesión del mérito en cuestión.

Por tanto, esta causa debe ser estimada como invalidante de la Orden de Convocatoria, ya que resulta contraria al derecho constitucional de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública del artículo 23.2 de la Constitución.

**3.** Los recurrentes afirman también la diferente valoración de la experiencia ganada en puestos de la Junta respecto de la obtenida en otras Administraciones Públicas.

Es cierto que el TC ha admitido la legalidad de esa diferente valoración, por ejemplo, en la Sentencia 12/1999, pero se trataba de situaciones excepcionales que no es el caso.

No se alcanza a ver por qué, si se exige que las funciones de los cuerpos o escalas sean similares, la valoración, luego, es diferente, teniendo en cuenta además que la experiencia en la Junta, en todo caso, corresponderá a interinos, mientras que la obtenida en otras Administraciones Públicas puede corresponder, también, a funcionarios de carrera, que a la experiencia laboral suman el haber accedido a la misma mediante la superación plena de un proceso selectivo anterior.

Esta evidente desigualdad de trato no se puede justificar en el hecho de valorar más el conocimiento de la normativa autonómica propia, pues esto queda acreditado con la superación de las pruebas de la oposición, en cuyo programa se incluían este tipo de temas.

Por tanto, aparece, una vez más, un sistema de puntuación que de forma irrazonable e injustificada prima, nuevamente, al funcionario interino frente a otros que pudieran tener méritos similares o incluso superiores.

**4.** Afirman los recurrentes que la existencia de un ejercicio práctico beneficia a los interinos.

Esta causa no puede ser estimada, pues los ejercicios prácticos son elementos absolutamente habituales en este tipo de pruebas y, además, obligados a tenor de lo establecido en el artículo 19, párrafo segundo, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Pretende que los aspirantes demuestren no sólo la acumulación de conocimientos teóricos, sino su aplicación concreta a determinados supuestos. Por tanto, su superación forma parte del mérito y capacidad a que se refiere el artículo 23.2 de la Constitución.

**5.** Dicen los recurrentes que la prueba de idioma, dado el carácter de prueba de naturaleza voluntaria, debería incardinarse en la fase de concurso.

Esto nada tiene que ver con el principio de igualdad en el acceso, ya que, sea o no correcta su colocación (que podrá ser una cuestión de legalidad ordinaria), es igual para todos. La ubicación adecuada de la misma no puede examinarse en este proceso sumario y preferente basado, tan sólo, en la infracción de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional.

**6.** Respecto a la escasa valoración del doctorado en apreciación de los recurrentes, no supone ningún tipo de infracción.

Siendo éste un mérito estimable, suele implicar, sobre todo, la acumulación de conocimientos teóricos sobre un aspecto muy particular y concreto de la realidad cuya eficacia como mérito en unas pruebas de acceso a la función pública administrativa no tiene por qué ser más potenciada de lo que lo es, pues el mérito o capacidad que demuestra para el ejercicio de dicha función es también, por su propia naturaleza, limitado.

**7.** Respecto a la ausencia de lectura de los ejercicios ante el Tribunal, no constituye ninguna arbitrariedad por sí mismo, es más pudiera ser menos objetivo que el establecido en las bases, puesto que con la lectura se sabe la identidad de quien la realiza, mientras que un sistema de corrección basado en el anonimato de los ejercicios aleja cualquier sospecha de favoritismo. En cualquier caso,

entra dentro de las potestades del órgano convocante determinar lo procedente, sin que, por otra parte, ninguna normativa determine de manera concreta cómo han de corregirse los ejercicios.

8. Finalmente, afirman que en la convocatoria no se especifica el Tribunal calificador, con independencia o no de su estimación; en este sentido el artículo 16 g) del 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 (aplicable en defecto de legislación autonómica) determina que la designación del Tribunal calificador deberá hacerse constar en la convocatoria, es lo cierto que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria que no debe ser analizada en este proceso porque para nada afecta, en principio, al principio y derecho de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública.

## EXAMEN DE LOS ALEGATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

### 1. Proceso selectivo excepcional que permite libertad de valoración de méritos.

Es cierto que el TC ha admitido en ciertos casos la adopción de medidas, en todo caso por el legislador, de tipo excepcional, a adoptar por una sola vez, motivadas ya por los problemas de personal generados por la emergencia de una Administración nueva (Sentencia 67/1989), de un cuerpo nuevo (Sentencia 137/1986) o por una reforma integral de un determinado sector de la Administración y función pública (Ss. 185, 228, 229, 238 y 251/1994, dictadas al hilo de la disp. adic. quinta de la LOGSE), resaltando la singularidad y excepcionalidad del sistema y afirmando que no puede siquiera considerarse que estemos ante un concurso-oposición, sino ante un sistema singular, específico y excepcional de selección (en este mismo sentido, SSTs de 6 de marzo de 1995, 26 de mayo y 9 de diciembre de 1997 y 14 de julio de 1998).

Pero el caso que analizamos carece por completo de tales características excepcionales, pues ni la Junta de Comunidades de XXX es una Administración emergente que no haya tenido oportunidad de regularizar antes su situación, ni se trata de un cuerpo nuevo, ni se ha producido una reforma integral de servicio alguno.

Por lo tanto no nos encontramos ante un proceso selectivo caracterizado por las notas de excepcionalidad o singularidad, legalmente reconocidas, por ello, el análisis de si la ponderación de méritos resulta acorde a la Constitución ha de hacerse de modo más libre y menos condicionado por consideraciones de oportunidad.

El hecho de haber sido interino no significa que deba situarse a aquéllos en una situación de superioridad frente a los que no ostenten esta condición para acceder a las plazas ofertadas. Lo único que debe tenerse en cuenta es que la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria podrá ser valorada como mérito, entre otros, si es que se opta por el sistema de concurso-oposición. Pero ni siquiera dicha valoración (en ninguna norma se dice) debe ser preferente o se debe primar por encima de otros méritos. En conclusión, la configuración concreta del derecho al acceso a funciones y cargos públicos no es una configuración legal, sino que se deja a la discrecional (que no arbitraria) apreciación del órgano administrativo convocante, y que, por supuesto, puede ser objeto de control jurisdiccional.

Por estas mismas razones no está justificado que se valore más el haber prestado servicios en la Junta que en puestos similares en otras Administraciones Públicas, porque no concurren esas notas de excepcionalidad y singularidad (en este sentido la STC 12/1999 sí admitió esa diferente valora-

ción por la «necesidad de resolver la situación excepcional generada por la creación de una Administración sanitaria propia»).

**2.** Falta de legitimación de los recurrentes por no haber presentado la instancia para tomar parte en el proceso selectivo.

Carece de razón la Administración en esta alegación. No era preciso para ostentar la legitimación en este asunto que hubieran presentado la instancia para tomar parte en el proceso selectivo. Conforme a reiterada jurisprudencia la legitimación para impugnar pruebas de concurrencia competitiva no exige otra condición que la de estar en condiciones de presentarse a las mismas, que en este caso lo estaban pues todos ellos eran Licenciados en Derecho, incluso aunque el que las impugna no se presente finalmente, ello puede estar motivado precisamente porque considera que el sistema que combate no le ofrece posibilidades reales de acceder, para lo cual, justamente, lo recurre.

**3.** Algunas de las causas alegadas no es posible su examen en este tipo de proceso.

En este argumento sí tiene razón la Administración y ya en el examen de las alegaciones de los recurrentes hemos ido determinando cuáles eran.

Se trata del proceso sumario y preferente a que se refiere el artículo 53 de la Constitución y que en el ámbito contencioso-administrativo se desarrolla en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio, en concreto en los artículos 114 a 122, «Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona».

Pues bien, en el mismo sólo pueden examinarse aquellas causas o circunstancias que se relacionen con el derecho fundamental que se entiende vulnerado, dejando las cuestiones de legalidad ordinaria para el proceso contencioso-administrativo normal fuera de esta vía especial de protección sumaria.

**4.** Falta de legitimación para alegar la diferente valoración por experiencia en la Junta que en otras Administraciones, pues ninguno posee experiencia en otras Administraciones.

No tiene razón la Administración. Si se considera que los recurrentes parten de que la valoración del mérito consistente en tener experiencia como interino o laboral en la Junta es excesiva, su alegato en contra de la diversa valoración no puede entenderse como una pretensión de que se eleve la valoración de la experiencia en otras Administraciones Públicas hasta igualarla a la experiencia en la Junta de esa Comunidad, sino al contrario, como un argumento más para que la valoración de la experiencia en la Junta se module a la baja, y, naturalmente, de conseguirlo, resultarían beneficiados. Por tanto, es indiscutible su legitimación para alegar esta causa.

**5.** Nulidad, en todo caso, parcial y no total de la Orden impugnada.

Tampoco en esto parece que pueda tener razón la Administración.

Es cierto que el artículo 64 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJAP y PAC, establece la técnica de lo que se conoce con el nombre de «conservación de los actos», en el sentido de que «la nulidad o anulabilidad de parte del acto administrativo no implicará las de las demás partes del mismo

que sean independientes de aquélla, salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto no hubiera sido dictado».

En el caso que analizamos existen motivos de nulidad de la Orden en aquellas bases, como ya hemos examinado, que establecen una valoración excesiva por la experiencia como interinos o laboral en la Junta de la Comunidad, y, asimismo, en la que valora de forma distinta la experiencia ganada en la propia Comunidad Autónoma que la ganada en otras Administraciones Públicas.

Esto supondría la eliminación de cualquier puntuación por este concepto (y desde luego no es el órgano contencioso-administrativo el que deba establecer concretamente en cuánto han de ser valorados los méritos). Como parece claro que es deseo de la Administración convocante valorar estos méritos, no es posible mantener la validez de la Orden recurrida eliminando este aspecto tan esencial. La celebración de las pruebas tal y como vienen diseñadas pero con la eliminación de la valoración del mérito produciría una distorsión completa de la intención administrativa y desnaturalizaría el acto impugnado, de modo que debe entenderse que la declaración de nulidad de parte del baremo implica la de la convocatoria en su conjunto.

Por lo demás, la Orden es nula de pleno derecho a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, por vulnerar un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional (en este caso, el del art. 23.2 de la Constitución, el acceso a cargos y funciones públicas de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad).

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Constitución Española, art. 23.2.**
- **Ley 30/1984 (Medidas para la Reforma de la Función Pública), art. 19.**
- **Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 62.1 a) y 64.**
- **Ley 29/1998 (LJCA), arts. 114 a 122.**
- **RD 364/1995 (Rgto. de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General), art. 16 g).**
- **SSTC 27/1991, 60/1994, 16/1998 y 12/1999.**
- **SSTS de 6 de marzo de 1995, 26 de mayo y 9 de diciembre de 1997 y 14 de julio de 1998.**