

11443 *Sala Segunda. Sentencia 67/1989, de 18 de abril. Recurso de amparo 894/1988. Contra Orden de la Consejería de Presidencia y Trabajo de la Junta de Extremadura convocando pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Titulados Superiores de la Administración de la Comunidad. Desigualdad de trato contraria al artículo 23.2 de la CE.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Rubio Llorente, Presidente; don Antonio Truyol Serra, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don José Luis de los Mozos y de los Mozos y don Alvaro Rodríguez Bereijo, ha dictado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 894/1988, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Ramiro Reynolds de Miguel, en nombre y representación de don Manuel Pessini Benedicto, contra la Orden de 25 de agosto de 1987, de la Consejería de Presidencia y Trabajo de la Junta de Extremadura, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Titulados Superiores de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, confirmada por la Sentencia de la Sala Quinta de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 27 de abril de 1988. Ha comparecido el Ministerio Fiscal, el Letrado de la Junta de Extremadura, en nombre de ésta y como coadyuvante el Procurador don Francisco de las Alas Pumarino Miranda, en nombre de doña María Altagracia Sara Flores Rivero y otros, siendo Ponente el Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en este Tribunal el 18 de mayo de 1988, el Procurador de los Tribunales don Ramiro Reynolds de Miguel, en nombre y representación de don Manuel Pessini Benedicto, interpuso recurso de amparo contra la Orden de 25 de agosto de 1987 de la Consejería de Presidencia y Trabajo de la Junta de Extremadura, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Titulados Superiores de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, confirmada por la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1988.

2. La Orden de 25 de agosto de 1987, de la Consejería de Presidencia y Trabajo de la Junta de Extremadura, que aprueba las bases de la convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Titulados Superiores de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, dispone que la fase de concurso —que junto a la fase de oposición y la fase de período de prácticas componen el procedimiento de selección de los aspirantes— se valorará respecto del llamado «turno libre» de la siguiente forma [base 3.2 a)]:

«Únicamente se tendrán en cuenta como méritos los servicios efectivos prestados por el personal interino y contratado administrativo en los términos establecidos por la Disposición transitoria segunda de la Ley 2/1986.»

Junto a la referida previsión, la base 4.1 a), establece en relación a la «clasificación» (entiéndase «calificación») de los ejercicios:

«Fase de concurso:

La valoración de méritos señalados en la base 3.2 se realizará de la forma siguiente:

a) Turno libre: Se otorgará a los aspirantes 0,60 puntos por mes completo de servicios efectivos prestados hasta la publicación de la presente convocatoria y hasta un máximo del 45 por 100 de la puntuación alcanzable en la fase de oposición.

Los puntos así obtenidos en la fase de concurso, tanto en turno libre como en promoción, se aplicarán, si fuese necesario, a la puntuación obtenida en cada ejercicio de la fase de oposición, de forma tal que, sumados a los obtenidos, en la calificación de éstos alcance en su caso la puntuación mínima establecida para superar el correspondiente ejercicio. Dicha aplicación no será posible cuando en un ejercicio de la fase de oposición la calificación obtenida sea inferior a 2,50 puntos.»

Finalmente, la base 4.2 y 3 dispone:

«Fase de oposición: Todos los ejercicios serán calificados de cero a 10 puntos, siendo necesario para aprobar obtener un mínimo de 5.

La calificación parcial se hará puntuando cada uno de los temas o supuestos prácticos de cero a 10 puntos, determinándose la nota del ejercicio correspondiente dividiendo la puntuación total por el número de temas o supuestos propuestos, siendo necesario obtener al menos 2,5 puntos en cada uno de los temas o supuestos.

La calificación final de las pruebas vendrá determinada por la suma de puntuaciones obtenidas en la fase de oposición y concurso, deduciendo de esta última los puntos ya aplicados para obtener las puntuaciones mínimas de los ejercicios de la fase de oposición.»

Interpuesto recurso contencioso-administrativo de la Ley 62/1978, contra la referida Orden de 25 de agosto de 1987, la Audiencia Territorial de Cáceres dictó Sentencia en la que declaró nula la convocatoria de las pruebas por violar los principios de igualdad ante la Ley y de acceso a la función pública garantizados en los arts. 14 y 23.2 de la Constitución.

Apelada la Sentencia por la Junta de Extremadura, la Sentencia de 27 de abril de 1988 de la Sala Quinta del Tribunal Supremo la estimó y revocando la Sentencia de instancia, confirmó la legalidad de la Orden impugnada. Según el Tribunal Supremo, el tratamiento favorable al personal contratado en régimen de Derecho administrativo y al interino no vulnera el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución en relación con el 23.2 de la misma, pues una de las finalidades de la Ley de la Reforma de la Función Pública es consolidar la situación del personal interino y contratado, lo que no se conseguiría si se le exigiesen las mismas pruebas de acceso que al resto de los aspirantes a los mismos puestos administrativos, por lo que su art. 3 no es discriminatorio ni arbitrario ni puede decirse que infrinja el principio de igualdad, puesto que se trata de cuestiones distintas.

3. En la demanda de amparo se afirma que la Orden de 25 de agosto de 1987 impugnada vulnera los derechos fundamentales contenidos en los arts. 14 y 23.2 de la Constitución.

Con cita de la doctrina contenida en las SSTC 50/1986 (fundamento jurídico cuarto), 18/1987 (fundamento jurídico sexto), 193/1987 (fundamento jurídico quinto) y otras más, se alega por el recurrente que la referida base 3.2 «no regula la fase de concurso en términos generales y abstractos al menos en lo que a los méritos se refiere», ya que «sólo existe un mérito, el ser contratado o interino, lo cual viola claramente los principios constitucionales consagrados en los artículos reseñados anteriormente» (arts. 14 y 23.2 C.E.).

Se señala, además, que la fase de concurso tiene una gran incidencia en el conjunto de la puntuación final, ya que puede suponer hasta un 45 por 100 del total de puntos de la fase de oposición, de manera que «si bien no es contrario a lo dispuesto en el art. 14 y 23.2 el que se valoren como méritos los servicios prestados, lo que sí es contrario es que estos servicios se valoren de una forma arbitraria y desproporcionada, de tal suerte que su puntuación desnivele la puntuación general de la oposición, desvirtuándola totalmente». Es decir, el señalado mérito supera los límites de lo razonable, de lo justificable y admisible, máxime cuando en caso de suspender (nota inferior a cinco) en la fase de oposición se pueden sumar los puntos que se necesitan distrayéndolos de los obtenidos en la fase de concurso, tal como establece la base 4.1 de dicha convocatoria. Según el solicitante de amparo el mecanismo previsto es tal que «... un aspirante que parta con 13,5 puntos (para lo cual sólo necesita haber prestado servicio en la Administración de la Comunidad Autónoma durante veintitrés meses) y que obtenga una puntuación de 2,5; 2,5, y 2,6 en cada ejercicio, vencerá en la oposición a otro aspirante no funcionario que obtenga una puntuación de siete en cada ejercicio, o, lo que es lo mismo, un aspirante que obtiene tres suspensos, nota bajísima, gana la oposición frente a otro aspirante que consiga tres notables en los ejercicios. De la misma forma, un aspirante que parta con 13,5 puntos y obtenga sucesivamente una puntuación de 5,5; 5,5, y 5,6 vencerá a otro aspirante no interino que obtenga una puntuación de 10 en cada ejercicio».

Por todo lo anterior, se solicita de este Tribunal que se declare la nulidad de la Orden de 25 de agosto de 1987 y la de la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1988, por cuanto que vulneran los arts. 14 y 23.2 de la Constitución.

Mediante otrosí digo se interesa la suspensión del acto impugnado de acuerdo con lo previsto en el art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

4. Por providencia de 24 de octubre de 1988 la Sección acordó admitir a trámite la demanda de amparo e interesar de la Sala Quinta del Tribunal Supremo y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres la remisión de las correspondientes actuaciones, así como de este último el emplazamiento de quienes hubiesen sido parte en la vía judicial. Se han personado en estos autos el Abogado del Estado y el Letrado de la Junta de Extremadura.

Por providencia de 16 de enero de 1989 la Sección ha acordado acusar recibo de las actuaciones, tener por comparecido al Abogado del

Estado y a la Junta de Extremadura y dar vista de las actuaciones recibidas, por plazo común de veinte días, a la representación del solicitante de amparo, al Abogado del Estado, a la representación de la Junta de Extremadura y al Ministerio Fiscal para la formulación de alegaciones.

No ha presentado alegaciones el solicitante de amparo. El Abogado del Estado ha manifestado por escrito que no formulará alegaciones en el presente recurso por no haber sido parte ante el Tribunal Supremo y por haber comparecido en este proceso constitucional la Junta de Extremadura representada por el Procurador y asistida por Letrado.

Por providencia de 20 de febrero de 1989 la Sección acordó no tener por comparecidos a doña Casilda Gutiérrez Pérez y a otros por no haber intervenido en el proceso judicial seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres.

5. En su escrito de alegaciones el Letrado de la Junta de Extremadura, tras una exposición de las circunstancias fácticas del caso, defiende la denegación del amparo en base, en síntesis, en la siguiente argumentación:

a) La valoración de los servicios efectivos prestados por el personal contratado e interino seleccionado por pruebas públicas existente a la entrada en vigor de la Ley de la Función Pública en los dos primeros procesos selectivos es una obligación legal impuesta a la Administración autonómica por la Disposición transitoria segunda de la propia Ley.

b) La Junta de Extremadura, al establecer las bases del proceso selectivo, hace uso de su «margen de libertad» para dotar de contenido en ese caso los conceptos jurídicos indeterminados de mérito y capacidad (STC 50/1986), considerando la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un trato diverso, con respaldo de una justificación objetiva y razonable.

c) En ningún caso puede entenderse que la valoración de méritos a los contratados e interinos sea muestra de una referencia individualizada y concreta contraria a la Constitución. Es una referencia genérica a unas circunstancias (la experiencia en la Administración) que motivan y justifican el trato favorable temporal a aquellas personas que cumplan las condiciones de inclusión en el grupo. En cualquier caso, esa presunta «referencia individualizada y concreta» no es obra de la Administración, sino expresión consagrada en las previsiones transitorias de las leyes estatal y autonómica de la Función Pública.

d) La previsión de unos méritos y no de otros en las bases de los procesos selectivos entra dentro del margen de discrecionalidad para fijar en cada caso los contenidos concretos de los conceptos jurídicos indeterminados de «mérito» y «capacidad». En concreto, sólo se han valorado los que resultaban obligatorios para la Administración y ya eran un derecho subjetivo de sus titulares, conferido legalmente e imposible de desatender por la Junta sin incurrir en ilegalidad.

e) El juicio de igualdad que aquí se ventila no sirve para determinar las opciones virtualmente mejores o más adecuadas, sino sólo para examinar la colisión con los límites del principio constitucional protegido. El propio Tribunal Constitucional, en su STC 137/1986 -fundamento jurídico cuarto-, declara que no es inconstitucional un proceso selectivo en el que sólo se valora como mérito la experiencia reconocida.

f) La cuantificación de los méritos se llevó a cabo con el consejo de órganos muy cualificados, con conocimiento de jurisprudencia habida al respecto y con claros precedentes normativos (normas generales y no ya simples convocatorias). Aun así se establecieron límites mínimos necesarios para aplicar los beneficios del mérito, aun cuando ni siquiera se exigían en muchos de esos precedentes citados.

g) Las previsiones legales de beneficios para ese personal son transitorias, responden a una situación a la que no puede ser insensible el legislador al hacer uso de esa capacidad de configuración de los conceptos jurídicos indeterminados en juego. Al tiempo que los principios citados, no debe olvidarse la necesidad de proceder a una interpretación sistemática que ponga también en juego la exigencia constitucional de los principios de actuación de la Administración contenidos en el art. 103.1.

h) Los parámetros en examen, la capacidad y el mérito son igualmente relevantes desde el punto de vista constitucional; no hay base para sobreprimarse a uno o considerarlo como condición inexcusable para la aplicación del otro. Su articulación o interconexión en cada caso concreto es una operación de responsabilidad de los legislativos y las Administraciones implicadas. Sólo se exige que no haya absoluta preterición de alguno de ellos.

i) La condición objeto de beneficio fue alcanzada a su vez a través de los medios autorizados por las leyes entonces vigentes, con absoluto respeto de los principios constitucionales.

En el suplico se solicita la denegación del amparo o subsidiariamente se declare la validez del acto en todo aquello que no colida con la Constitución, con la imposición de costas a la parte actora.

6. Para el Ministerio Fiscal la cuestión queda reducida a si la valoración de los méritos de los servicios prestados por el personal interino y contratado que puedan concurrir a la convocatoria publicada lesiona el derecho a la igualdad en el acceso a la Función Pública del art. 23.2 de la Constitución. La objeción del recurrente a la convocatoria impugnada es doble.

En primer lugar, reconocer como mérito únicamente los servicios prestados «en detrimento de otros admisibles y defendibles». Esta objeción carece de toda relevancia constitucional, pues no cabe imponer que hayan de ser apreciados otros méritos, a diferencia de lo que ocurre con la antigüedad, cuya apreciación resulta exigible de la Disposición transitoria segunda de la Ley de Extremadura 2/1986, de 23 de mayo, que además sigue el mismo criterio de la Disposición transitoria sexta de la Ley 30/1984, de medidas para la Reforma de la Administración Pública, y que se reitera en el resto de las Comunidades Autónomas. Hay que rechazar que la valoración de los servicios prestados como único mérito pueda lesionar la igualdad.

La segunda objeción de carácter constitucional es la de que la valoración de los méritos es desmesurada o arbitraria o desproporcionada, o sea, con una cuantificación exagerada, habiéndose de tener en cuenta que se trata de una medida transitoria, para sólo dos convocatorias y limitada al personal no permanente existente a la entrada en vigor de la Ley. Los méritos que se reconocen al personal no permanente no constituyen una referencia individualizada y concreta que excluye el art. 23.2 de la Constitución, sino que ha identificado de modo abstracto y en virtud del hecho objetivo de hallarse ocupando en propiedad determinadas plazas, como interinos y contratados, sin indicación de persona alguna. Es aplicable por ello la doctrina constitucional de que no estamos ante una referencia personal (STC 148/1986). Cuestión distinta es la de si la apreciación de méritos desproporcionada, es decir, si la antigüedad se sobreprima hasta el extremo de transformar en un simple concurso lo que se convoca como un concurso-oposición, excluyendo entonces a los que asisten en turno libre, incumpliendo en la práctica una oferta de empleo público abierta a todos los ciudadanos. No es posible en sede constitucional realizar un juicio sobre la oportunidad de la medida y sobre la situación funcional, pues ello sería sustituir las valoraciones que el legislativo o las Administraciones Públicas hagan dentro de la ley de la realidad, y aquí no estamos ante un derecho de libertad -el de acceso a la función pública-, sino de prestación, cuya configuración corresponde a la ley y el desarrollo de ésta es cometido de la Administración. Salvo casos extremos en que se detecte una falta de racionalidad, por no responder a criterios admisibles de general aceptación, no es misión propia de la jurisdicción constitucional emitir un juicio sobre si la puntuación máxima asignada a los servicios prestados debe ser inferior al 45 por 100 establecido. La convocatoria no ha respondido al criterio o propósito de excluir arbitrariamente a unos ciudadanos, pues los aspirantes libres pueden efectivamente obtener plaza, aunque con mayores dificultades, y además el objetivo de consolidar al personal interino o contratado excluye en principio cualquier propósito de actuar al margen de lo que dispone el art. 23.2 de la Constitución.

7. Formada la pieza separada de suspensión y habiendo presentado alegaciones el solicitante de amparo y el Ministerio Fiscal, la Sala acordó, por Auto de 12 de diciembre de 1988, la suspensión de la Orden de 25 de agosto de 1987, de la Consejería de Presidencia y Trabajo de la Junta de Extremadura, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Titulares Superiores de la Administración de la Comunidad Autónoma. Contra dicho Auto se formuló recurso de súplica por el Letrado de la Junta de Extremadura. Tras las oportunas alegaciones, por Auto de 13 de marzo de 1989, la Sala acordó la desestimación de dicho recurso de súplica.

8. El Procurador don Francisco de las Alas Pumariño Miranda presentó escrito solicitando tener por comparecidos en el presente proceso a doña María Altagracia Sara Flores Rivero y otros, lo que le fue denegado por providencia de 23 de febrero de 1989. Recurrida en súplica dicha providencia y oído el actor y el Ministerio Fiscal, la Sala acordó la estimación del recurso y tener por comparecidos como coadyuvantes a la Junta de Extremadura, a doña María Altagracia Sara Flores Rivero y otros, representados por el citado procurador.

9. Por providencia de 14 de marzo de 1989 la Sala acordó señalar el día 3 de abril siguiente para la deliberación del presente recurso.

10. El Procurador señor De las Alas Pumariño presenta escrito el 10 de abril de 1989 en que solicita se deniegue la suspensión y se desestime el recurso de amparo. Por providencia de 14 de abril la Sala acordó unir el escrito a las actuaciones, y no acceder a la apertura de nuevo del incidente de suspensión por estar señalado el presente recurso para deliberación y votación.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto del presente recurso se refiere a la impugnación de determinadas reglas contenidas en la Orden de 25 de agosto de 1987, de la Consejería de Presidencia y Trabajo de la Junta de Extremadura (D.O.E.

del 27) que establecen las bases de la convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Titulados Superiores de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura. En concreto, de las bases que establecen la valoración del concurso oposición para el llamado «turno libre».

Esas bases impugnadas regulan una primera fase de concurso en la que se valora únicamente como méritos los servicios efectivos prestados por el personal interino y contratado en los términos establecidos en la Disposición transitoria segunda de la Ley 2/1986, de 23 de mayo, de la Función Pública de Extremadura (base 3.2). La valoración de este único mérito se realizará otorgando a los aspirantes 0,60 puntos por mes completo de servicios efectivamente prestados hasta la publicación de la convocatoria, siendo el límite máximo del 45 por 100 de la puntuación alcanzable en la fase de oposición [base 4.1 a)], la cual es de 30 puntos (lo que significa una puntuación máxima en la fase de concurso de 13,5 puntos).

Para la fase de oposición están previstos tres ejercicios, calificándose cada uno de ellos de cero a 10 puntos, siendo necesario para aprobar un mínimo de cinco puntos. A su vez la calificación parcial de cada ejercicio habrá de hacerse puntuando cada uno de los temas o supuestos prácticos propuestos de cero a 10 puntos y para determinar la nota del ejercicio correspondiente habrá de dividirse la puntuación total por el número de temas o supuestos propuestos, siendo necesario obtener al menos 2,5 puntos en cada uno de los temas o supuestos, y tratando además de garantizarse que los ejercicios de la fase de oposición sean corregidos «sin que se conozca la identidad de los aspirantes» (base 4.2).

La calificación global de las pruebas vendrá determinada por la suma de las puntuaciones obtenidas en la fase de oposición y concurso y en caso de empate el orden se determinará atendiendo a la mayor puntuación en el ejercicio práctico (base 4.3).

No obstante lo anterior, la base 4.1 contiene un párrafo que dispone que los puntos obtenidos en la fase de concurso «se aplicarán si fuese necesario, a la puntuación obtenida en cada ejercicio de la fase de oposición, de forma tal que, sumados a los obtenidos en la calificación de éstos, alcance, en su caso, la puntuación mínima establecida para superar el correspondiente ejercicio, siempre que en la fase de oposición la calificación obtenida no sea inferior a 2,50 puntos». Los puntos de la fase de concurso, aplicados a la fase de oposición, se descontarán de la puntuación correspondiente de la fase de concurso, en la suma final de calificación global de las pruebas. Es decir, sólo se sumarán para la calificación final los puntos de la fase de concurso que no hayan necesitado los aspirantes para poder superar los ejercicios de la oposición.

El solicitante de amparo entiende que esta regulación favorece, de una forma arbitraria y desproporcionada, a quienes han tenido ocasión de estar prestando previamente servicios en la Administración Autónoma, habiéndose diseñado, «mixtificando el sistema de oposición, un mecanismo *ad hoc* para conseguir la finalidad de introducir definitiva y ventajosamente en la función pública extremeña a un grupo de personas previamente determinado, y se ha hecho en términos tales que desvirtúan el principio de igualdad de oportunidades y de «dificultades» para el ingreso en la función pública, llevando más allá de unos límites razonables o justificados la valoración de un factor aislado que se quiere convertir y de hecho se convierte en la piedra de toque decisiva». Por ello esa regulación violaría los derechos fundamentales contenidos en los arts. 14 y 23.2 de la Constitución.

La cuestión de si la valoración que hace la convocatoria impugnada de los servicios prestados por el personal interino y contratado, lesiona el derecho de igualdad de quienes concurren en turno libre, ha de ponerse en conexión con el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas del art. 23.2 de la Constitución, puesto que, como ya declarado en muy diversas ocasiones este Tribunal (por todas, STC 86/1987, de 2 de junio), este último derecho es una especificación del principio de igualdad ante la ley, formulado por el art. 14 de la Constitución, por lo que en caso del acceso a las funciones públicas, y cuando no esté en juego ninguna de las circunstancias específicas cuya discriminación veda el art. 14 de la Constitución, es dicho art. 23.2 el que debe ser considerado de modo directo para apreciar si el acto impugnado ha desconocido el principio de igualdad.

La posible lesión del principio de igualdad se imputa al sistema en su conjunto; sin embargo, de la propia demanda y, sobre todo, de la regulación impugnada, cabe deducir, y así lo hace también el Ministerio Fiscal, dos cuestiones distintas: En primer lugar la del reconocimiento como mérito único de los servicios prestados «en detrimento de otros admisibles y defendibles»; en segundo lugar la de la importancia que en el resultado final tienen esos méritos, que juegan también en la fase de oposición.

Antes de entrar en el análisis de esta pretensión, ha de recordarse que el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrado en el art. 23.2 de la Constitución, que ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del art. 103.3 de la Constitución (STC 193/1987, de 9 de diciembre), se refiere a los requisitos que señalen las leyes, lo que concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de cuáles han de ser

los méritos y capacidades que se tomarán en consideración. Esta libertad está limitada por la necesidad de no crear desigualdades que sean arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad. No corresponde a este Tribunal, como recuerda el Ministerio Fiscal, interferirse en ese margen de apreciación ni examinar la oportunidad de la medida legal o administrativa para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles, sino sólo comprobar si no se ha sobrepasado ese margen de libertad creando una diferencia de trato irracional o arbitraria entre los opositores o concursantes.

2. En la demanda se sostiene que la regla contenida en la base 3.2 de la Orden impugnada, según la cual los únicos méritos que se toman en cuenta son los servicios efectivamente prestados a la Comunidad Autónoma, estaría en contradicción con el derecho reconocido en el art. 23.2 de la Constitución por una doble razón, primera, la de que trataría de favorecer a unas personas determinadas y concretas, y, segunda, la de que excluiría otros elementos de capacidad y mérito desconociendo la igualdad en el acceso a las funciones públicas.

En relación con el primer argumento de que la base 3.2 trataría de favorecer a quienes prestan ya servicios en la Administración Autónoma, se dice en la demanda que la referida base 3.2 de la convocatoria «no regula la fase de concurso en términos generales y abstractos al menos en lo que a los méritos se refiere. Por el contrario, se puede afirmar categóricamente que está establecida en términos singulares y muy concretos». Se discriminaría así «a su favor, arbitraria e irrazonablemente, a un conjunto prefijado de personas».

Este Tribunal ha afirmado que del art. 23.2 de la Constitución deriva el que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos de funciones públicas y, entre ellas, las convocatorias de concursos y oposiciones «se establezcan en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas» (STC 50/1986, de 23 de abril). Ello significa dar relevancia constitucional a un criterio que había venido siendo exigido por nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa, desde la muy conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1971, que aplicó la teoría de la desviación del poder a un concurso establecido con el «preconcebido propósito» de nombrar a determinada persona. De ahí que se exija que los requisitos o méritos se establezcan «con carácter general» (STC 42/1981), siendo constitucionalmente inaceptable que «se produzcan acepciones o pretericiones *ad personam* en el acceso a las funciones públicas» (STC 148/1986, de 25 de noviembre). «Lo que el art. 23.2 de la Constitución Española prohíbe es que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos de las funciones públicas se establezcan no mediante términos generales y abstractos sino mediante referencias individuales y concretas» (STC 18/1987, de 16 de febrero).

Todo mérito crea la posibilidad de que se conozca *a priori* el conjunto de quienes lo ostentan (un riesgo que es mayor cuando se trata de este mérito concreto), pero ello no autoriza a pensar que la toma en consideración de ese mérito se haya hecho para favorecer a personas concretas. Ello sólo sucederá si el mérito en cuestión no tiene una fundamentación objetiva, lo que no es aquí el caso. Según el Letrado de la Junta de Extremadura la convocatoria ha tratado de aplicar un beneficio que reconoce a un grupo genérico de personas (contratados e interinos existentes al entrar en vigor la Ley), la Disposición transitoria segunda de la Ley 2/1986, de la Función Pública de Extremadura, que a su vez ha seguido el criterio de la Ley Básica Estatal (Ley 30/1984), cuyo examen de constitucionalidad ni siquiera ha llegado a referirse a su Disposición transitoria sexta, y no se trata de una referencia individualizada y concreta, contraria al principio constitucional de igualdad, sino de una referencia genérica, hecha en términos asimismo generales y abstractos, por más que puedan determinarse luego los sujetos a incluir. La posibilidad de determinación de las personas que reúnen esas condiciones establecidas genéricamente en aplicación del principio constitucional del mérito, no significa referencia individualizada y concreta, pues esa determinabilidad de personas podía darse siempre también en relación con cualquier otro mérito valorable.

Hay que dar la razón en este punto a la representación de la Junta de Extremadura, puesto que no puede compartirse el argumento de que la valoración como mérito de la antigüedad constituya en el presente caso una referencia individualizada y concreta. La valoración de los méritos de los funcionarios en situación precaria, exigida por la Ley de la Función Pública de Extremadura, valorándose su antigüedad o los servicios prestados, no constituye, ni directa ni indirectamente, la referencia individualizada, singular específica y concreta. Como afirma la STC 148/1986, de 25 de noviembre, lo que resultaría contrario al derecho reconocido en el art. 23.2 de la Constitución es «cualquier reserva, explícita o encubierta, de funciones públicas *ad personam*» o la adscripción personal «a personas individualmente seleccionadas», pero no la identificación «de modo abstracto y en virtud del hecho objetivo de hallarse ocupando... determinadas plazas». De este modo, la consideración como mérito de la antigüedad en un empleo o función no podría considerarse como referencia individualizada y concreta, de por sí lesiva, de derecho a la igualdad. Por consiguiente ha de rechazarse que en el presente caso la base 3.2 a) de la Orden de 25 de agosto de 1987 haya incurrido en la infracción denunciada de contener referencias

individualizadas y concretas, puesto que ha fijado de modo objetivo y abstracto, sin indicación de persona alguna, unos méritos computables a los funcionarios interinos y contratados.

3. El solicitante de amparo impugna además la citada base 3.2 a) por determinar que tales servicios prestados son los que «únicamente» se tendrán en cuenta como méritos, y entiende que ello supone configurar también como circunstancia o demérito «excluyente» la carencia de antigüedad de quienes no sean interinos ni contratados, «marginando todos los demás elementos de la capacidad y valía personales y profesionales, hasta el punto de que se falsea la igualdad necesaria que ha de regir, *a priori*, la celebración de cualquier prueba objetiva que quiera merecer este nombre para el acceso a la función pública». Se plantea si es contrario al art. 23.2 de la Constitución el no valorar en la fase de concurso otro mérito que el de la antigüedad.

La representación de la Junta de Extremadura entiende que la regla impugnada no es contraria al art. 23.2 de la Constitución, en cuanto que contempla la consolidación del personal no permanente (contratados o interinos) en la Función Pública Autonómica, de acuerdo a la Disposición transitoria segunda de la Ley de la Función Pública de Extremadura, que habría previsto una posibilidad de acceso especial para contratados o interinos, aunque con una dimensión temporal limitada a dos convocatorias. Esa Disposición transitoria segunda trataría de reconvertir o consolidar al personal contratado e interino no permanente en funcionarios de la Comunidad Autónoma, mediante el reconocimiento de los servicios prestados como mérito en la fase de concurso, y, dada la finalidad del precepto legal y la transitoriedad y temporalidad de la medida, se justificaría el que en estos dos primeros y sucesivos concursos la Administración autonómica hubiera tomado en consideración como mérito sólo la antigüedad, única forma de hacer efectivo el beneficio concedido a ese personal. Recuerda además que este mecanismo fue iniciado por la Administración del Estado, desarrollado en un sentido similar por el resto de las Comunidades Autónomas y también por la Comunidad Autónoma de Extremadura, cuya legislación habría sido incluso menos generosa para los interinos y contratados que las de otras Comunidades Autónomas.

La transitoriedad de la medida y la finalidad constitucionalmente legítima perseguida por la medida también ha sido la razón que llevó al Tribunal Supremo a denegar la impugnación de la Orden de convocatoria, al entender que de otro modo no se podría consolidar la situación del personal interino y contratado «por lo que su art. 3 no es discriminatorio ni arbitrario, ni puede decirse que infrinja el principio de igualdad, puesto que se trata de situaciones distintas».

Como el propio solicitante de amparo reconoce, la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados. No plantea problema de igualdad así la consideración como mérito de los servicios prestados, sino la relevancia cuantitativa que la base impugnada ha dado a ese mérito y, en particular, el que sea el único tenido en cuenta en la fase de concurso. Desde la perspectiva de la igualdad, la valoración constitucional de esta regla ha de ponerse en relación con la finalidad que persigue la norma diferenciadora y la proporcionalidad entre esa finalidad y el medio diferenciador utilizado.

La finalidad explícita de la regla se conecta a las especiales circunstancias creadas por la puesta en marcha de la Administración Autonómica, y a la necesidad de contar inmediatamente con personal propio, lo que hubo de hacerse, aunque mediante concurso público, mediante formas contractuales o eventuales de adscripción de personal administrativo. Ello ha dado lugar a la existencia de un número importante de funcionarios en situación precaria.

La Disposición transitoria segunda de la Ley 2/1987, de la Función Pública de Extremadura, siguiendo el modelo de la legislación estatal, y el ejemplo de otras legislaciones autonómicas, ha previsto dos primeras y únicas convocatorias en las que se conceden algunas facilidades o beneficios al actual personal para permitirles consolidar su situación, si bien ese personal habrá de cesar si no ha obtenido plaza en esas dos primeras convocatorias. El solicitante de amparo no ha cuestionado esa disposición legal, ni, por ello, la legitimidad constitucional de la finalidad que persigue y que es la misma que la de la base impugnada. El considerar como único mérito la antigüedad no puede estimarse como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable en relación a esa finalidad, y aunque efectivamente establece una desigualdad, ésta viene impuesta en atención a un interés público legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública extremeña.

Como afirma la Junta de Extremadura, ignorando cualquier otro mérito, a lo que no estaba obligada, la convocatoria trata por igual tanto a los interinos y contratados como a los demás, y deja que las posibles capacidades y méritos personales se muestren en la fase de oposición. Cabe decir, por ello, con palabras de la STC 137/1986, de 6 de noviembre, que se trata de «un sistema de selección abierto, con concurrencia de toda clase de personas, donde lo único que se lleva a cabo es la valoración de un posible mérito, que debe considerarse como

el reconocimiento de una experiencia. Ello por sí solo no es en modo alguno contrario a los preceptos de la Constitución». En consecuencia, la base 3.2 a) de la Orden de 25 de agosto de 1987, de la Junta de Extremadura, no ha lesionado por sí misma el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas reconocido en el art. 23.2 de la Constitución.

4. Problema distinto es el de si la ponderación de ese único mérito valorable ha sido tan desproporcionada e irracional que ha podido desconocer el derecho de igualdad. Como ha dicho la STC 137/1986, de 6 de noviembre, la valoración como mérito único de los servicios prestados no es por sí sola contraria a la Constitución, «sin perjuicio de que si en las disposiciones o actos de ejecución de la norma se vulneraran, de hecho o de Derecho, el principio de igualdad ante la ley y el de libre acceso a la función pública».

Ya se ha dicho que el juicio de igualdad, dentro de la razonable dosis de libertad de la Administración sobre el programa, pruebas selectivas y fijación de los méritos en el acceso a la función pública, tiene un sentido exclusivo de evitación o reparación de las discriminaciones y no de la determinación de cuáles sean las opciones mejores o más adecuadas que pudiera haber elegido la Administración. En relación con esta ponderación en este proceso constitucional sólo cabe comprobar si tal ponderación es manifiestamente irracional, no responde a criterio admisible de general aceptación, y supone prácticamente la exclusión de otros, en este caso de los que concurren desde fuera de la Administración. El solicitante de amparo entiende que esto es así porque la base 4.1 a) otorga a los aspirantes 0,60 puntos por mes completo de servicios efectivos prestados hasta la publicación de la convocatoria, y hasta un máximo del 45 por 100 de la puntuación alcanzable en la fase de oposición, que es la de 30 puntos, o sea, hasta un máximo de 13,50 puntos.

Es cierto que la atribución de 0,60 puntos por cada mes de servicios prestados, de forma que un año de servicios equivalga a más de siete puntos, tanto en la fase de concurso como en el conjunto global de la calificación, puede parecer desproporcionada por superar lo que sería aceptable habitualmente en este género de pruebas, puesto que si bien la suma de puntos que por esta vía pueden obtenerse tiene, como queda dicho, tope máximo que impiden que pueda llegar a tener una ponderación mayoritaria, da una sustancial ventaja a quienes pueden beneficiarse de esta única valoración de méritos. Sin embargo, ha de entenderse que esta valoración del mérito del tiempo de servicios, aunque esté en el límite de lo tolerable, no excluye por entero de la competición a quienes carecen de él, pese a que les imponga, a los opositores «por libre», para situarse a igual nivel de puntuación que los actuales funcionarios, un nivel de conocimientos superior, pero sin que ello signifique el establecimiento de un obstáculo que impida el acceso a la función pública extremeña de quienes no prestaron servicios anteriormente en la Administración Autonómica, como se ha demostrado además a través de los ejercicios ya realizados.

En consecuencia la valoración cuantitativa del tiempo de servicios en la base 4.1 a) de la Orden impugnada, no ha llegado a sobrepasar los límites de disponibilidad de la Comunidad Autónoma al no poder considerarse por sí sola como violación del derecho fundamental que garantiza el art. 23.2 de la Constitución.

5. En la demanda de amparo se impugna además el párrafo ocho de la base 4.1 de la Orden de 25 de agosto de 1987, según el cual los puntos obtenidos en la fase de concurso puedan computarse también en la fase de oposición. El solicitante de amparo entiende que en la fase de oposición todos los aspirantes deberían recibir el mismo e igual tratamiento, pero que, de acuerdo a dicha base, a los aspirantes funcionarios con una breve antigüedad sólo se les exige en realidad para superar cada ejercicio de la fase de oposición una puntuación de 2,50 puntos, mientras que los aspirantes no funcionarios, para no ser eliminados en dichos ejercicios necesitan obtener una puntuación mínima de cinco, lo que supone una desigualdad de trato contraria al art. 23.2 de la Constitución.

La Junta de Extremadura defiende la legitimidad de este sistema, que gráficamente denomina de la «mochila», entendiéndolo ser un uso legítimo de su capacidad para rellenar el concepto jurídico indeterminado de capacidad y mérito, y que, además, «los principios de capacidad y mérito son de la misma jerarquía, son igualmente relevantes desde el punto de vista constitucional. Los puntos obtenidos en aplicación de uno de ellos (el de mérito) no valen menos que los conseguidos en virtud del otro (los de capacidad), ni hay base constitucional para sobreprimario o considerar a unos como condición inexcusable de los otros. Ambas circunstancias son constitucionalmente relevantes». Insiste también en el carácter transitorio de las medidas, en sus claros precedentes en la legislación del Estado y de otras Comunidades Autónomas que han venido convocando sin problemas concursos oposiciones en los que para favorecer la consolidación de la situación precaria de funcionarios se han concedido incluso beneficios notablemente superiores a los que concede a aquellos funcionarios la Orden impugnada. También se afirma que la Administración Autonómica al dictar la Orden impugnada tuvo muy en cuenta el criterio favorable a este tipo de reglas del Tribunal Supremo, establecido en las Sentencias de su Sala Quinta de 4

de marzo, de 16 de mayo y de 8 de junio de 1987, que estimaron que no vulneraba el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos del art. 23.2 de la Constitución, determinadas órdenes impugnadas de otras Comunidades Autónomas en las que también se permitía aplicar a la fase de oposición puntos obtenidos en la fase de concurso. Se alega además que los funcionarios interinos tuvieron que superar criterios selectivos para acceder a esa condición, tras convocatorias públicas y de pruebas selectivas para cubrir las vacantes para titulados superiores, en las que se valoraron, de acuerdo a un baremo regulado en la Orden de 24 de octubre de 1985, los méritos de los concursantes, e interviniendo un comité de selección que llevó a cabo una entrevista personal.

Las razones que en favor de la disposición impugnada invoca la Junta de Extremadura sólo pueden servir como justificación de su buena fe, que no está aquí cuestionada, pero no bastan para justificar la constitucionalidad de la medida. El que la decisión tenga su origen en un acuerdo de la Comisión Regional de la función pública, en cuya composición se encuentran representantes de otras administraciones de la Comunidad y de las representaciones sindicales, el que se hayan seguido las pautas de otras convocatorias del Estado o de otras Comunidades Autónomas, y que éstas, a su vez, no hayan sido anuladas por la jurisdicción contencioso-administrativa no son razones suficientes para impedir que la decisión en sí misma pueda ser considerada contraria al art. 23.2 de la Constitución. Por su parte, el que el ingreso de los interinos se haya hecho a través de un concurso público de méritos, sólo puede servir para justificar como no desproporcionada la valoración de los servicios prestados que hacen la base 3.2 a) y la base 4.1 de la Orden impugnada.

En los fundamentos anteriores se ha estimado que se lesiona el principio de igualdad el que el tiempo de servicios sea el único mérito valorable en la fase de concurso y la ponderación que la base 4 da a ese mérito en la fase de concurso, pero se ha estimado que esas reglas eran compatibles con el art. 23.2 de la Constitución, porque no trataban de favorecer desproporcionadamente a determinados aspirantes en perjuicio y con exclusión de otros aspirantes legitimados para acceder a las plazas, dejando que las posibles capacidades y méritos personales de los aspirantes «de fuera» se mostrasen en la fase de oposición. Sin embargo, esta nueva regla del párrafo ocho de la base 4.1, en conexión con las anteriores favorece desproporcionadamente a unos opositores frente a otros. Para la aprobación de cada una de las tres pruebas en que consiste la fase de oposición exige en realidad a unos opositores el doble de conocimientos que a otros, siendo la razón de la diferencia el mero hecho de haber prestado servicios durante breve tiempo a la Comunidad Autónoma de Extremadura. Esta diferencia sensible de niveles de exigencia supone que los aspirantes «de fuera» vean reducida al mínimo su posibilidad de acceso a la función pública, exigiéndoseles un nivel de conocimientos elevado, mientras que los opositores, que ya prestan servicio en la Administración Autonómica, pueden aprobar los correspondientes ejercicios con notas muy inferiores y que no garantizan la suficiencia de sus conocimientos. De este modo el dato relevante para aprobar la fase de oposición es el hecho, ya valorado como mérito en la fase de concurso, de haber prestado servicios anteriormente a la Comunidad Autónoma.

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

Esta desigualdad de trato, en cuanto al nivel de exigencia entre unos y otros opositores, por la sola razón de la existencia o no de un período previo de servicios administrativos, ha de ser estimada como arbitraria

e incompatible con los principios de mérito y capacidad. Por ello ha de declararse que es contraria al art. 23.2 de la Constitución y que lesiona el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas del solicitante de amparo el párrafo ocho de la base 4.1 de la Orden de 25 de agosto de 1987, según el cual «los puntos así obtenidos en la fase de concurso, tanto en turno libre como en promoción, se aplicará, si fuese necesario, la puntuación obtenida en cada ejercicio de la fase de oposición, de forma tal que, sumados a los obtenidos en la calificación de éstos, alcance, en su caso, la puntuación mínima establecida para superar el correspondiente ejercicio. Dicha aplicación no será posible cuando en un ejercicio de la fase de oposición la calificación obtenida sea inferior a 2,50 puntos». Lo mismo ha de decirse, en cuanto reiteraciones o aplicaciones de esta regla, las referencias a la misma contenidas en el párrafo siguiente de esa base 4.1 a) y en el inciso final del párrafo primero de la base 4.3.

6. Sin embargo, para satisfacer la pretensión del solicitante de amparo de poder realizar las correspondientes pruebas selectivas en condiciones de igualdad, debe dársele la oportunidad de concurrir a ellas con unas bases que no sean contrarias a ese derecho. Ello supone la necesidad de realizar una nueva convocatoria y anular, en consecuencia, en su totalidad, la orden impugnada para que se realice una nueva convocatoria que excluya los párrafos anulados de la Orden de 25 de agosto de 1987. Asimismo, y en cuanto que confirma la validez de dicha Orden, ha de anularse la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1988, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formalizado por el hoy recurrente en amparo, incluida la imposición de las costas de la primera instancia.

La nulidad de dicha convocatoria supone de por sí la de todas las actuaciones o actos realizados a partir de la propia convocatoria. Sin embargo, la Junta de Extremadura ha solicitado en forma subsidiaria, ante la eventualidad de la concesión del amparo, que esa declaración de nulidad no alcance a aquellas situaciones o actos en los que no haya sido aplicada la regla cuya nulidad se declara, esto es, la aprobación de ejercicios en fase de oposición por aspirantes que los hayan superado, con calificación de cinco o más puntos y, por tanto, sin haber contado con puntos obtenidos en la fase de concurso. De acuerdo en el art. 55.1 a) de la Ley Orgánica de este Tribunal, nos corresponde declarar la extensión de los efectos de esa declaración de nulidad, lo que permite disponer la conservación de aquellos actos cuyo contenido hubiera permanecido el mismo de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad. Por todo ello ha de declararse que quienes aprobaron los ejercicios de la fase de oposición sin necesidad de que se le aplicasen puntos obtenidos en la fase de concurso tienen una expectativa legítima a la conservación de la validez de esas calificaciones. Corresponde en todo caso a la Administración Autonómica, en la nueva convocatoria que realice del concurso oposición, el tomar en consideración la situación de estos opositores y sus correspondientes calificaciones.

FALLO

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

Ha decidido

Estimar la demanda de amparo interpuesta por don Manuel Pessini Benedicto, y, en su virtud:

1.º Reconocer el derecho al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad.

2.º Declarar la nulidad de la convocatoria a que se refiere la Orden de 25 de agosto de 1987, de la Consejería de Presidencia y Trabajo de la Junta de Extremadura, por la que se convocan pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo de Titulados Superiores de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, retrotrayendo las actuaciones al momento de dictar la correspondiente Orden.

3.º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1988.

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

Dada en Madrid, a dieciocho de abril de mil novecientos ochenta y nueve.—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.