

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6498 *Pleno. Auto 68/2012, de 17 de abril de 2012. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 6252-2011, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en relación con la disposición tercera de la Ley de Extremadura 3/1990, de 24 de mayo, de la función pública.*

Excms. Srs. don Pascual Sala Sánchez, don Eugeni Gay Montalvo, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

AUTO

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en el Tribunal el día 18 de noviembre de 2011, al que se acompaña testimonio de las actuaciones (procedimiento ordinario núm. 130-2002) y el Auto de promoción de 7 de noviembre, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición transitoria tercera de la Ley de Extremadura 3/1990, de 24 de mayo, de modificación de la Ley 2/1986, de 23 de mayo, de la función pública, por posible vulneración de los arts. 23.2 y 149.1.18 CE.

2. Los antecedentes de la cuestión son los siguientes:

a) El 15 de marzo de 2001 un grupo de funcionarios de la Comunidad Autónoma de Extremadura interpuso recurso contencioso-administrativo contra la orden de 15 de enero de 2001, por la que se convocan pruebas selectivas para la integración en el régimen administrativo funcionarial de personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, recurso que, tras diversas vicisitudes procesales, se inadmitió por Auto de 2 de abril de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura que estimó que los recurrentes carecían de legitimación procesal para interponer el recurso. Dicho Auto fue posteriormente anulado y dejado sin efecto por Sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2008 que estimó el recurso de casación interpuesto por los actores.

b) Devueltas las actuaciones para la continuación del recurso, tras los trámites procesales oportunos, el día 15 de septiembre de 2011 el órgano judicial, en trámite de dictar Sentencia, dictó providencia por la que se daba traslado a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo de diez días, a fin de que formularan alegaciones sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad «acerca de la posible inconstitucionalidad de la D. Transitoria tercera del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Extremadura, modificada por Ley 5/1995, al tratarse de la norma en la que se fundamenta y da cobertura a la Orden recurrida y que dicho precepto en cuya validez descansaría el fallo de la sentencia podría vulnerar los arts. 23.2 y 103.3 así como el art. 149.1.18 CE al desconocer legislación básica (como es la contenida en los arts. 19.1 y 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública).»

El Fiscal manifestó su parecer favorable al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, la representación procesal de los recurrentes estimó que no era necesario y el Letrado de la Junta de Extremadura se opuso a su planteamiento.

c) Finalmente, el órgano judicial dictó el Auto de 7 de noviembre de 2011 planteando la cuestión de inconstitucionalidad.

3. En cuanto al contenido del Auto de promoción importa destacar lo siguiente:

Alude, en primer lugar, a los antecedentes de hecho del caso y al resultado del trámite de audiencia para comenzar sus razonamientos jurídicos recordando lo dispuesto en el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) y rechazando los argumentos de los recurrentes y de la Junta de Extremadura contrarios al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. A continuación hace referencia al contenido de la orden impugnada considerando que la misma encuentra su base legal en la disposición transitoria tercera del texto refundido de la Ley de la función pública de Extremadura y destacando que la orden, en sus bases, prevé como requisito previo de los aspirantes tener la condición de personal laboral fijo, estableciendo un especial procedimiento de selección.

Seguidamente el Auto formula el juicio de aplicabilidad y relevancia estimando que, para resolver la conformidad a Derecho de la orden impugnada es necesario examinar y partir de la norma jerárquica que le da cobertura, pues no se pueden deslindar ambas ya que considera que la citada orden es simple desarrollo de la ley. Estima, por tanto, que la orden será conforme al ordenamiento si lo es la disposición transitoria tercera y viceversa. Hace a continuación referencia a las SSTC 38/2004, de 11 de marzo, y 31/2006, de 1 de febrero, estimando que de las mismas se deduce que este tipo de pruebas, en atención tanto al carácter restringido de los aspirantes como del proceso selectivo en sí presuponen la inconstitucionalidad de la norma en que se basan al establecer unas pruebas que no pueden ser calificadas como libres vulnerándose la competencia básica estatal del art. 149.1.18 CE, en este caso el art. 19 de la Ley 30/1984, de 3 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, sin que sea de aplicación la disposición transitoria sexta de la misma Ley 30/1984 pues el límite temporal que la misma establecía se ha superado con creces. También debe entenderse vulnerado el art. 23.2 CE, es decir, el derecho de los ciudadanos a acceder a las funciones y cargos públicos.

Por ello, el Auto concluye que los preceptos constitucionales que entiende vulnerados son el art. 149.1.18 y 23.2 CE remitiéndose, en lo que a la fundamentación de su duda de constitucionalidad respecta a las ya citadas SSTC 38/2004 y 31/2006.

4. Por providencia de la Sección Cuarta de este Tribunal, de fecha 17 de enero de 2012, se acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que considerara conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad por si fuese notoriamente infundada.

5. El 15 de febrero de 2012 el Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones sugiriendo la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad por considerarla notoriamente infundada.

Tras recoger los antecedentes de hecho de la cuestión planteada y apreciar cumplidas las exigencias del art. 35.2 LOTIC para el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, el Fiscal General del Estado alude, en primer lugar, a la doctrina constitucional sobre el concepto de «notoriamente infundada» aplicado a las cuestiones de inconstitucionalidad. Tras ello recuerda la doctrina constitucional acerca del carácter básico de las normas estatales que regulan los procedimientos de acceso a la función pública, citando expresamente la STC 113/2010, de 24 de noviembre, así como la relativa al art. 23.2 CE, con cita de la STC 138/2000, de 29 de mayo. Se detiene seguidamente en el examen de diversas decisiones de este Tribunal en relación con las denominadas pruebas restringidas y su conformidad con la normativa básica estatal.

De todo ello deduce el Fiscal General del Estado que lo que realmente ha de determinarse es si la disposición cuestionada incorpora un sistema de pruebas restringidas proscrito por la legislación básica estatal, acceso restringido que sería también contrario al art. 23.2 CE. A este respecto, considera el Ministerio público que, conforme a la doctrina constitucional al respecto (con cita de las SSTC 174/1998, de 23 de julio; 38/2004, de 11 de marzo, y 31/2006, de 11 de febrero) la respuesta es negativa si se atiende a la naturaleza de los dos primeros apartados de la cuestionada disposición transitoria tercera.

Así, indica que, en su primer apartado, la norma cuestionada otorga una opción a los contratados laborales fijos al servicio de la Comunidad Autónoma de Extremadura que desempeñen puestos calificados como de naturaleza administrativa, puesto que pueden elegir entre permanecer en su situación personal a extinguir o integrarse en el régimen administrativo funcional pero sin determinar un régimen exclusivo o excluyente contrario al art. 23.2 y a los principios de igualdad, mérito y capacidad proclamados por la legislación básica estatal. En tal sentido apunta el Fiscal General que, prescindiendo de los concretos actos de aplicación de la disposición legal, la integración de este personal debe hacerse «mediante la superación de pruebas selectivas a través de cualquiera de los sistemas de acceso previstos en esta Ley y, en su caso, cursos de adaptación, con reconocimiento de antigüedad», previsiones ambas que remiten a los arts. 19.1 y 21 del propio Decreto Legislativo 1/1990, preceptos que respetan la legislación básica estatal.

Por otra parte, respecto al apartado segundo de la cuestionada disposición transitoria tercera, el Fiscal General destaca que, al exigir que el personal que participe en las pruebas posea la titulación necesaria, no se excluye uno de los requisitos fundamentales para el acceso cuya carencia determinaría la inconstitucionalidad de la norma sin que tampoco la valoración de servicios previos, tal como aparece formulada en la disposición legal, pueda entenderse contraria a la doctrina constitucional. En consecuencia estima el Ministerio público que la norma establece con carácter abierto un sistema de acceso a la función pública en el que atribuye la opción de participar a los contratados laborales pero sin que se trate de una convocatoria *ad personam*, pues exige la previa posesión de la titulación adecuada y la superación de pruebas selectivas que en modo alguno excluyen los requisitos de igualdad, mérito, capacidad y publicidad concordados en la Constitución Española, en la legislación básica y en la legislación autonómica, excluida la consideración de la orden de convocatoria. Concluye, por tanto, considerando que la norma tiene un contenido que no desborda el marco de la normativa básica ni el art. 23.2, debiendo determinarse si la orden objeto del proceso *a quo*, en tanto que acto aplicativo de la disposición impugnada, se ajusta a la legislación que le da cobertura en cuanto determina una concreción de la norma cuestionada, valoración que ha de efectuarse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria dentro del procedimiento contencioso-administrativo origen de esta cuestión.

Por último señala el Fiscal General del Estado que lo dispuesto en el apartado 3 de la norma cuestionada, relativo a las retribuciones, se refiere a un momento posterior al acceso a la función pública y, en consecuencia, queda desvinculado de las normas vulneradas que se mencionan en el Auto de planteamiento lo que excluye una posible ponderación de su inconstitucionalidad.

II. Fundamentos jurídicos

1. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura plantea cuestión de inconstitucionalidad formalmente en relación con la disposición transitoria tercera de la Ley de Extremadura 3/1990, de 24 de mayo, de modificación de la Ley 2/1986, de 23 de mayo, de la función pública si bien en realidad se trata del Decreto Legislativo 1/1990, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de Extremadura, que refundió las dos leyes citadas.

En todo caso, la mencionada disposición transitoria tercera dispone lo siguiente:

«1. Los contratados laborales fijos al servicio de la Comunidad Autónoma de Extremadura que desempeñen puestos calificados como de naturaleza

administrativa podrán optar por integrarse en el régimen administrativo funcional mediante la superación de pruebas selectivas a través de cualquiera de los sistemas de acceso previstos en esta Ley y, en su caso, cursos de adaptación, con reconocimiento de antigüedad, o permanecer en su situación personal de extinguir en los puestos que desempeñen a la entrada en vigor de esta Ley.

2. El personal laboral fijo que opte por integrarse en el régimen funcional podrá participar en las pruebas selectivas de acceso a los Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos los correspondientes puestos, siempre que posean la titulación necesaria y reúnan los restantes requisitos exigidos, debiendo valorarse a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados en su condición de laboral y las pruebas selectivas superadas para acceder a la misma.

3. El personal laboral fijo que habiendo accedido a la condición de funcionario por aplicación de esta disposición transitoria, le disminuyan sus ingresos por la aplicación del régimen retributivo funcional, se le aplicará un Complemento Personal Transitorio por la cuantía de tal disminución.»

La duda de constitucionalidad planteada por el órgano judicial, que apoya sus tesis en la doctrina de las SSTC 38/2004, de 11 de marzo, y 31/2006, de 1 de febrero, se centra en la consideración de que la norma autonómica que cuestiona regula unas pruebas de acceso a la función pública que no podrían calificarse de libres o abiertas. Por ello, dichas pruebas serían contrarias tanto a las competencias estatales ex art. 149.1.18 CE, en cuya virtud la normativa básica estatal establece el principio de que las convocatorias tienen que ser por regla general abiertas o libres, así como al art. 23.2 CE, por cuanto no reunirían los requisitos exigidos por la doctrina constitucional antes citada —confirmando el carácter básico de la disposición transitoria sexta, apartado 4, de la Ley 30/1984— para que las Comunidades Autónomas puedan convocar pruebas de carácter restringido, requisitos uno de carácter personal, el que las pruebas se dirijan a los que tengan la condición de contratados administrativos; y otro de carácter temporal, el que dichos destinatarios hubieran sido contratados mediante convocatorias públicas con anterioridad al 15 de marzo de 1984.

El Fiscal General del Estado, por las razones de las que se ha dejado constancia en los antecedentes, se opone a la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad por estimarla notoriamente infundada (art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC).

2. El art. 37.1 LOTC establece que este Tribunal podrá rechazar, en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Eso es lo que suceder en este caso pues la cuestión de inconstitucionalidad planteada resulta notoriamente infundada, en el significado que a esta noción le viene dando nuestra reiterada doctrina, por las razones que a continuación se exponen.

3. Centrado el problema en la adecuación de la disposición impugnada con la normativa básica estatal en materia de acceso a la función pública así como en relación con el art. 23.2 CE, lo que debe determinarse es, como ha apuntado el Ministerio Fiscal, si la cuestionada disposición transitoria tercera del Decreto Legislativo 1/1990 incorpora su sistema de pruebas restringidas proscritas por la legislación estatal (art. 19.1 de la Ley 30/1984 y actualmente art. 55 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, vigente en el momento de plantearse la presente cuestión) y, en consecuencia, contrarias también al art. 23.2 CE. Por ello resulta pertinente comenzar recordando, siquiera sumariamente, la doctrina constitucional sobre ambas materias.

En tal sentido, el art. 19 de la Ley 30/1984 hacía referencia a la necesaria garantía de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en los sistemas de selección del personal al servicio de las Administraciones públicas, garantía que aparece ahora consagrada en el art. 55 de la Ley del estatuto básico del empleado público

y respecto a la cual hemos afirmado reiteradamente su carácter básico (STC 113/2010, de 24 de noviembre, FJ 3, y doctrina allí citada). Carácter básico también predicable de la disposición transitoria sexta de la Ley 30/1984 como señala, por todas, la STC 174/1998, de 23 de julio, FJ 4.

En cuanto a las denominadas pruebas restringidas o específicas para el acceso a la función pública, la doctrina constitucional se sintetiza en la STC 130/2009, de 1 de junio, FJ 3, con cita de otras, según la cual «el art. 23.2, en relación con el 103.3 CE contiene un derecho a la no restricción injustificada de las condiciones de acceso, conforme al cual queda prohibida la integración automática de determinados grupos en la función pública y, en principio y salvo excepciones, las llamadas ‘pruebas restringidas’ para el acceso a la función pública» si bien, en ocasiones la existencia de dichas pruebas podía ser entendida de forma compatible con el art. 23.2 CE siempre que tales pruebas fueran «un medio excepcional para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración», pues, en todo caso, debe destacarse el carácter excepcional de los sistemas que no sean de libre acceso respecto a quienes no tengan relación funcionarial alguna, de modo que la convocatoria de pruebas restringidas o específicas, requiere una justificación en cuanto son una excepción a lo que es normal sistema de acceso a la condición de funcionario de carrera.

4. A la luz de la doctrina que se ha expuesto procede ahora examinar la disposición cuestionada en la que, como se verá, no cabe apreciar los vicios de inconstitucionalidad planteados por el órgano judicial ya que el propio tenor literal de la disposición transitoria cuestionada permite apreciar que el reproche relativo a la configuración del acceso a la función pública extremeña mediante un turno restringido —en el que el órgano judicial centra la duda de constitucionalidad que plantea— no le es imputable directamente a la norma legal que cuestiona.

En efecto, como también ha señalado el Fiscal General del Estado, la disposición transitoria tercera del Decreto Legislativo 1/1990 no hace en ningún momento referencia a turno restringido alguno sino que, en su apartado uno, dispone que los contratados laborales fijos al servicio de la Comunidad Autónoma de Extremadura que desempeñen puestos calificados como de naturaleza administrativa puedan optar por permanecer en su situación a extinguir o bien integrarse en el régimen administrativo funcionarial. Integración que no es automática sino que requiere la previa «superación de pruebas selectivas a través de cualquiera de los sistemas de acceso previstos en esta Ley y, en su caso, cursos de adaptación, con reconocimiento de antigüedad», esto es, mediante la superación de las correspondientes pruebas selectivas, previo cumplimiento de los requisitos para ser admitidos en las mismas, realizadas a través de los sistemas de concurso, oposición o concurso-oposición libre, sistemas de acceso a la función pública de Extremadura, a través de los que se adquiere la condición de funcionario de la Comunidad Autónoma y en los que es necesario garantizar, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad [arts. 19 y 21 en relación con el 34 a) del Decreto Legislativo 1/1990]. Integración en el régimen funcionarial que, en principio y conforme al apartado 2 de la propia disposición transitoria tercera, se produce mediante «la participación en las pruebas selectivas de acceso a los Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos los correspondientes puestos, siempre que posean la titulación necesaria y reúnan los restantes requisitos exigidos, debiendo valorarse a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados en su condición de laboral y las pruebas selectivas superadas para acceder a la misma».

Todo ello permite considerar que el precepto cuestionado prevé la existencia de unas pruebas de acceso cuya excepcionalidad consistiría en la previsión de que se valorasen los servicios efectivos prestados como personal laboral y las pruebas selectivas superadas para acceder a la misma pero que no excluiría de raíz la concurrencia de otras personas que no hubieran prestado aquel tipo de servicios. Valoración de los servicios prestados cuya incidencia en el proceso selectivo no se concreta en la disposición

impugnada pero que, respetando las exigencias del principio de proporcionalidad de suerte que se eviten las diferencias de trato irracionales o arbitrarias, es perfectamente válida desde el punto de vista constitucional, tal como recuerda la STC 107/2003, de 2 de junio, FJ 5 b) pues «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».

Frente a dicha regulación legal, que en ningún momento alude a procedimientos restringidos, cerrados o específicos en favor de quienes tuvieran la condición de personal laboral fijo, la Orden de 15 de enero de 2001, por la que se convocan pruebas selectivas para la integración en el régimen administrativo funcionarial de personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, concreta la regulación legal que se ha examinado estableciendo, entre los requisitos de los aspirantes en las pruebas que convoca, el de «tener la condición de personal laboral fijo al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura» [base segunda, apartado 1 a)] así como «ser titular de un puesto de trabajo de los que figuran en anexo I calificado como de naturaleza administrativa en la correspondiente relación de puestos de trabajo» [base segunda, apartado 1 b) en relación con la base octava y anexo 1]. Procedimiento de acceso que, además, frente a lo previsto en el apartado dos de la disposición transitoria (participación en las pruebas selectivas de acceso a los cuerpos y escalas a los que figuren adscritos los correspondientes puestos) va a dar lugar al ingreso directo en el cuerpo o escala de funcionarios correspondiente [base segunda, apartado 1 c); base sexta, apartados b.b.2 y c) y base séptima].

Resulta de todo ello que, frente a lo que afirma el Auto de planteamiento de la cuestión, la orden no es «simple desarrollo de la ley» sino que, mediante la regulación que se acaba de exponer, concreta un aspecto no expresamente previsto en la regulación legal, en cuanto que restringe la posibilidad de tomar parte en las pruebas selectivas a quienes tuvieran previamente la condición de personal laboral fijo, aspecto que es, precisamente sobre el que pivota toda la argumentación del Auto de planteamiento. En definitiva el reproche en el que el órgano judicial funda la duda de constitucionalidad que plantea, relativo a la configuración de un sistema de selección en el que se haría imposible el acceso de otras personas distintas de las previamente vinculadas a la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en su condición de personal laboral fijo, no le es directamente imputable a la disposición transitoria cuestionada sino, que, en su caso y previa la valoración correspondiente en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, lo será, como apunta el Ministerio Fiscal, a la orden objeto del proceso *a quo* en cuanto que la misma, al aplicarla, concreta los extremos en los que el órgano judicial centra la duda de inconstitucionalidad que plantea.

En conclusión, el precepto cuestionado no rebasa los límites constitucionales a los que alude el Auto de planteamiento de la presente cuestión.

Por lo expuesto el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6252-2011, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

Publíquese este Auto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a diecisiete de abril de dos mil doce.—Pascual Sala Sánchez.—Eugeni Gay Montalvo.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Ramón Rodríguez Arribas.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Firmado y rubricado.