

I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

CONSIDERACIONES EN TORNO AL DERECHO DE IGUALDAD EN EL ACCESO A LA FUNCION PUBLICA

SUMARIO: I. Introducción.—II. La función pública profesional y el artículo 23.2 de la Constitución.—III. Alcance del derecho a la igualdad en el acceso a la función pública.—IV. Repercusiones inmediatas de la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1989.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1989, de 18 de abril (1) aborda de nuevo la problemática derivada del acceso a la función pública, concretamente el alcance de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución como límites a la libertad de regulación del sistema de selección de los servidores de la Administración Pública.

De la citada Sentencia se obtienen una serie de consideraciones doctrinales perfectamente extrapolables del supuesto concreto, consideraciones que, en su mayor parte, no hacen sino reiterar criterios sentados ya con anterioridad por el Alto Tribunal. No obstante, tal pronunciamiento ha tenido importantes e inmediatas repercusiones, especialmente en relación con pruebas selectivas (convocadas en la fecha en la que se produjo el Fallo) en las que el sistema de puntuación coincidía sustancialmente con el examinado (y declarado contrario a la Constitución) en la citada Sentencia 67/1989.

A continuación se abordan determinados aspectos relacionados con el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública, y se hace al hilo de comentar dicha Sentencia 67/1989.

II. LA FUNCIÓN PÚBLICA Y EL ARTÍCULO 23.2 DE LA CONSTITUCIÓN

En un primer momento se planteó si el artículo 23.2 de la Constitución constituía un derecho fundamental referido exclusivamente a los cargos públicos o si, por el contrario, incluía también la función pública profesional.

El apartado 2.º del artículo 23 de la Constitución establece que «Asi-

(1) Sala Segunda. Recurso de amparo 849/1988 («BOE» 19 de mayo de 1989).

mismo, tienen derecho (los ciudadanos) a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las Leyes». Inicialmente GARRIDO FALLA (2) planteó el diferente alcance que podía dársele al citado precepto constitucional. Afirmaba que en nuestra Constitución puede entenderse que «las funciones y cargos públicos» a que se refiere el artículo 23.2 son distintas y no incluyen los puestos de la función pública profesional que contempla el artículo 103.3; aquéllos serían, pues, los cargos públicos de carácter político. Esta interpretación se obtenía tras observar que la Comisión del Congreso suprimió en el anteproyecto de Constitución el inciso «según su mérito y capacidad» que se contenía en el artículo 23.2.

La aplicación posterior de la Constitución y la interpretación que de la misma ha hecho el Tribunal Constitucional demuestran que el alcance de este precepto no se ciñe exclusivamente al ámbito de los cargos públicos, sino también a la función pública profesional en sentido estricto. No obstante, Sentencias del Tribunal Supremo relativamente recientes han adoptado una interpretación restrictiva del citado precepto constitucional. Así, la Sentencia de 24 de noviembre de 1986 (Ar. 6737), confirmada por otra de la misma fecha (Ar. 6738), mantiene explícitamente que las «funciones y cargos públicos» a que se refiere el artículo 23.2 de la Constitución no incluyen los puestos de la función pública profesional, la que es contemplada en el artículo 103.3 de la Constitución, pues aquél se refiere exclusivamente a los cargos públicos de carácter político. Esta interpretación pretende apoyarse en la Sentencia del Tribunal Constitucional 23/1984, de 20 de febrero, cuando dice que para delimitar el alcance del derecho de acceso a los cargos públicos, se ha de interpretar el párrafo 2.º del artículo 23 de la Constitución en conexión con su párrafo 1.º y de acuerdo con los artículos 22.1 y 2 de la Declaración de Derechos Humanos y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Concluye la citada Sentencia del Tribunal Supremo afirmando que es coherente con ello sentar que el artículo 23.1 y 2 de la Constitución se refiere a los cargos públicos de representación política, como ya lo había declarado el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de mayo de 1985 (Ar. 2418).

En mi opinión, tal interpretación, aparte de inviable en la actualidad teniendo presente la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, obedeció a un examen inadecuado de la Sentencia del Alto Tribunal 23/1984 en la que se apoyó el Tribunal Supremo para llegar a tales conclusiones. Efectivamente, en su fundamento 4.º el Tribunal Constitucional refiere la expresión «cargos públicos» a los de representación política, lo que en modo alguno excluye por sí que el apartado 2.º del artículo 23 también abarque la función pública profesional, pues obsérvese que en este último apartado se habla de condiciones de igualdad en el acceso «a las funciones y cargos públicos», expresión más amplia que la de «cargos públicos» simplemente. En realidad, las afirmaciones del Tribunal Constitucional contenidas en la Sentencia 23/1984 deben

(2) Vid. *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1980, págs. 298 y 299.

ser observadas dentro del contexto en el que fueron formuladas, en donde se examinaba el alcance de la citada expresión «cargos públicos», sin que ello significase necesariamente delimitar el alcance total del precepto, que no era su objetivo específico.

No cabe desconocer, por otro lado, que múltiples Sentencias de los Tribunales Supremo y Constitucional aplican y examinan a la luz del artículo 23.3 de la Constitución problemas derivados con el acceso a la función pública profesional, sin plantearse ni siquiera la cuestión previa relativa a si verdaderamente tal precepto constitucional únicamente se refiere a cargos públicos de representación política. Cabe traer a colación en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1986 (Ar. 1068), en la que expresamente se rechazó una supuesta inadmisibilidad del recurso formulada con base en el hecho de que el artículo 23.2 de la Constitución no hace referencia a la función pública profesional, sino a los cargos públicos. Afirmó el Tribunal Supremo que no podía tomarse en consideración tal supuesta inadmisibilidad por cuanto a dicho precepto vienen anexionados los principios de mérito y capacidad por su referencia final «con los requisitos que señalen las Leyes», que incorpora a la garantía del artículo 23.2 el contenido del artículo 103 de la Constitución.

En definitiva, podría decirse que las citadas Sentencias del Tribunal Supremo que mantuvieron una interpretación restrictiva del artículo 23.2 de la Norma Fundamental son resoluciones aisladas que deben entenderse plenamente superadas por la numerosa y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina del Tribunal Constitucional que, sin plantear la cuestión directamente, entran sin más a examinar las controversias que se les plantean sobre el acceso a la función pública a la luz del artículo 23.2 del Texto Constitucional.

Precisamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1989 confirma esta posición, en cuanto resuelve un recurso relativo a la convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Titulados Superiores de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura (función pública profesional), litigio que llega al Alto Tribunal por considerar la parte recurrente vulnerados sus derechos fundamentales previstos en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución. En la Sentencia se examina, sin plantear mayores cuestiones, la posible vulneración en la citada convocatoria del derecho reconocido en el artículo 23.2 de la Norma Fundamental, derecho, por otro lado, susceptible de amparo constitucional (no así aisladamente, en cambio, el art. 103.3 de la Constitución).

En realidad, existe una conexión directa entre los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, como reconoce explícitamente el Tribunal Constitucional, de tal forma que, aun cuando los principio de «mérito y capacidad» estén formulados en el artículo 103.3 de la Constitución (no susceptible, en sí mismo, como se dice, de amparo constitucional), la interpretación sistemática de ambos preceptos y su necesaria relación recíproca permiten entender que el artículo 23.2 de la Constitución impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública

requisito o condición alguna que no sea referible a los conceptos de mérito y capacidad (3), de manera que pudieran considerarse también violatorios del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre españoles (4) (5).

En síntesis, existe un derecho subjetivo (fundamental) a la igualdad en el acceso a la función pública profesional, susceptible como tal de amparo constitucional. Deben entenderse, por ello, superadas las posturas que pretenden ceñir el alcance del artículo 23.2 de la Constitución exclusivamente a los cargos públicos de carácter político.

III. ALCANCE DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

La Sentencia 67/1989 reitera la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en otras Sentencias anteriores al afirmar que, el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas del artículo 23.2 de la Constitución, constituye una especificación del principio de igualdad ante la Ley previsto en el artículo 14 del propio Texto Constitucional. De tal forma que el artículo 23.2 debe ser considerado de modo directo para apreciar si el acto impugnado ha desconocido el principio de igualdad cuando no está en juego ninguna de las circunstancias específicas cuya discriminación veda el artículo 14 (discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social) (6). Lo más seguro, en cualquier caso, es que ante posibles discriminaciones en el acceso a la función pública, se aleguen como vulnerados ambos preceptos constitucionales, es decir, los artículos 14 y 23.2 (los dos susceptibles de amparo constitucional).

Por otro lado, respecto al alcance ya concreto del derecho subjetivo a la igualdad en el acceso a la función pública, conviene formular determinadas consideraciones:

— Del artículo 23.2 no nace el derecho a ocupar o a desempeñar funciones específicas, sino simplemente a participar (cuando proceda) en las oportunas pruebas selectivas. Como ha establecido el Tribunal

(3) Conviene recordar que el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, se refiere a la selección del personal *funcionario o laboral* de la Administración Pública, estableciendo que deberá hacerse a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre, en los que *se garantice en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad*, así como el de publicidad.

(4) Vid., en este sentido, el fundamento 4.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1986.

(5) Esta conexión directa entre los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución pone nuevamente de manifiesto, de manera indubitada, que aquel precepto constitucional no se refiere exclusivamente a la igualdad en el acceso a los cargos públicos de carácter político, sino también al acceso a las funciones públicas profesionales.

(6) Así lo han sostenido, entre otras, las Sentencias del Alto Tribunal 75/1983, 50/1986, 84/1987, 86/1987 y 67/1989.

Constitucional en su Sentencia 50/1986 (confirmada, entre otras, por la Sentencia 148/1986), del artículo 23.2 no nace, como es obvio, derecho alguno a la ocupación de cargos o desempeño de funciones determinadas, sino un derecho de carácter puramente reaccional, para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y en último término ante el propio Tribunal Constitucional, toda norma o toda aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad.

— El principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas en modo alguno significa que todos los ciudadanos tengan un derecho subjetivo a participar en las oportunas pruebas de selección. Es decir, es constitucional establecer requisitos (objetivos) para permitir la participación en las pruebas de acceso. Así, por ejemplo, la exigencia de una licenciatura universitaria para poder opositar a un Cuerpo de funcionarios determinado, no es discriminatorio respecto a los ciudadanos que carecen de la citada licenciatura, en tanto tal exigencia responde a una necesidad objetiva del puesto a desempeñar, según se abordará más adelante.

Conviene resaltar a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1986 (Ar. 2173), en la que se afirma que el principio que plasma el artículo 14 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido, tan incondicional como absurdo, de que toda persona, por el hecho de serlo, esté en condiciones de acceder al desempeño de cualquier cargo, profesión, función u oficio, porque para esto es indispensable estar en posesión de una titulación específica, de unos conocimientos que no son patrimonio de todos, de una determinada edad, del cumplimiento de determinadas pruebas, etc., siendo, por ende, aplicable, en casos como el presente, el artículo 103.3 de la propia Constitución, regulador del acceso a la función pública «de acuerdo con los principios de mérito y capacidad».

— El artículo 23.2 de la Constitución no obsta para que el legislador goce de un amplio margen para la regulación del sistema de acceso a la función pública, margen derivado de la propia remisión a «los requisitos que señalan las Leyes» contenida en el artículo 23.2. Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1989, en cuanto mantiene que el legislador tiene un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y la determinación de cuáles han de ser los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, libertad 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 es, por tanto, competencia del Tribunal Constitucional la fiscalización de la oportunidad de uno u otro sistema de acceso o de una regulación específica, «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».

— La igualdad en el acceso se traduce, en definitiva, en que los requisitos exigidos en las concretas pruebas tengan una fundamentación objetiva, que no sean discriminatorias mediante una referencia, explícita

o encubierta, *ad personam* y que los requisitos se establezcan de modo abstracto, excluyendo referencias individualizadas y concretas.

Estos principios, claros en su formulación, son fuente, sin embargo, de múltiples conflictos y discrepancias en su aplicación práctica, debido fundamentalmente a la utilización continuada de conceptos jurídicos indeterminados. La delimitación de un requisito como de carácter objetivo, la existencia misma de un trato discriminatorio o, en fin, la desproporción o no en una puntuación de un mérito determinado, constituyen aspectos cuya solución conlleva normalmente una sensible carga de subjetividad, que impide el establecimiento de unas pautas concretas, claras y fiables respecto a la línea divisoria entre la libertad para regular el sistema de acceso y el derecho de los ciudadanos a que se salvaguarde la igualdad en el acceso mismo.

No obstante, es posible formular una serie de consideraciones generales, lo que va a hacerse siguiendo la Sentencia del Tribunal Constitucional que se comenta. En efecto, el asunto resuelto por esta Sentencia consistía en la impugnación de unas pruebas de acceso a la función pública divididas en dos fases: una primera fase de concurso en la que se valoraban únicamente como méritos los servicios efectivamente prestados por el personal interino y contratado; y una segunda fase de oposición compuesta por tres ejercicios.

Centrándonos ahora en la fase de concurso, la primera cuestión que se planteaba consistía en dilucidar si la fijación en el concurso de una circunstancia o situación como único mérito constituía o no una discriminación que vulneraba el artículo 23.2 en relación con el artículo 103.3, ambos de la Constitución. La Sentencia, como ya sostuviera el Tribunal en otras ocasiones, afirma que el servicio prestado no es ajeno a los principios de mérito y capacidad, de tal forma que constituye un dato objetivo conforme, en principio, con los preceptos constitucionales citados.

La idea que subyace en este planteamiento es la de que las circunstancias que vayan a valorarse en el concurso deben tener una conexión racional con la función a realizar, de tal forma que, *verbi gratia*, no sería viable jurídicamente (en mi opinión) establecer como mérito una circunstancia ajena totalmente a la función a desempeñar, y con la finalidad de excluir (de manera encubierta) la participación real de los ciudadanos en favor de uno o varios individuos concretos. Como explícitamente señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1989, no es admisible la referencia *ad personam*, expresa o encubierta, en los sistemas de acceso a la función pública (7).

En síntesis, podrían extraerse las siguientes conclusiones:

a) Los servicios prestados constituyen una circunstancia razonable y objetiva a valorar en el concurso. Es decir, existe una conexión

(7) En este mismo sentido. *vid.*, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1986.

directa entre el servicio prestado y la función a realizar, pues la experiencia tiene cabida en los principios de «mérito y capacidad».

b) Entra dentro de la libertad de la Administración (de acuerdo con la legislación aplicable) poder fijar como único mérito en un concurso-oposición (para la fase de concurso), el tiempo de servicio prestado como interino o contratado. No es en sí mismo contrario a la Constitución el objetivo de la Administración dirigido a consolidar como funcionarios a los que estuvieron durante tiempo prestando servicios como interinos o contratados.

c) El límite a tal libertad dependerá de la importancia cuantitativa otorgada al único mérito fijado en la fase de concurso respecto a la puntuación de las pruebas selectivas en su totalidad. En efecto, la Sentencia que se comenta pone acertadamente el énfasis en la relevancia cuantitativa que se otorgue a la fase de concurso (y, por tanto, al servicio prestado como único mérito puntuable) con respecto a la puntuación total máxima del concurso-oposición considerado unitariamente. Así, si la influencia cuantitativa de la puntuación que pueda obtenerse en la fase de concurso no es desproporcionada respecto a la puntuación total posible, no existirá vulneración del artículo 23.2 de la Constitución (en relación con el art. 103.3 del mismo texto). Si, por el contrario, la puntuación obtenida en aquella fase tuviera un peso determinante en la puntuación total, se podría estimar producida una discriminación en cuanto que se excluirían de hecho a los que no hubieran prestado servicio como interinos o contratados. En definitiva, no debe tener carácter excluyente y eliminatorio, debiendo existir una razonable proporcionalidad.

No se oculta que la dificultad estribará entonces en establecer, utilizando terminología de la Sentencia que se comenta, «*el límite de lo tolerable*», pues ciertamente es cuanto menos difícil fijar un criterio general, dada la variedad y particularidades de las pruebas de acceso.

La admisibilidad de establecer ejercicios o circunstancias excluyentes (de hecho o de derecho) en las pruebas de acceso se ha planteado con especial intensidad en relación con la exigencia del conocimiento de lenguas autonómicas. El criterio que ha seguido el Tribunal Supremo ha sido precisamente el enunciado, es decir, admitir la valoración del conocimiento de una lengua autonómica, pero sin que ello comporte neutralizar por sí los méritos profesionales; tal mérito o prueba en la que se demuestre el conocimiento de la lengua debe ser objeto de una puntuación razonable dentro del contexto de la selección en su conjunto (en este sentido se pronuncia, *verbi gratia*, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1986 —Ar. 7702—). Se ha considerado contrario a los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, por ejemplo, la exigencia de tomar mecanográficamente un texto en catalán, prueba de carácter eliminatorio, y exigirse la suficiencia del conocimiento de la misma lengua con una alta valoración (Sentencias de 28 de octubre de 1986 —Ar. 7718— y 29 de octubre de 1986 —Ar. 7727—).

En síntesis, la admisibilidad jurídica de la fijación en la fase de concurso de un único requisito estará en función de su proporcionalidad (en su puntuación) y su necesidad, aspectos éstos que se estimaban concurrentes por la Sentencia que se comenta.

Por último, la Sentencia 10/1989 estima, por el contrario, que se ha producido un exceso al intentar aplicar a la fase de oposición puntos obtenidos en la fase de concurso. En efecto, para la fase de oposición estaban previstos tres ejercicios, calificándose cada uno de ellos de 0 a 10 puntos, siendo necesario para aprobar un mínimo de 5 puntos. No obstante, se preveía 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 2,5 puntos». Los puntos de la fase de concurso, aplicados a la de oposición, se descontarían de la puntuación correspondiente de la fase de concurso, en la suma final de calificación global de las pruebas. Es decir, sólo se sumarían para la calificación final los puntos de la fase de concurso que no hubieran necesitado los aspirantes para poder superar los ejercicios de la oposición.

Pues bien, estima el Tribunal Constitucional que esta última previsión favorece desproporcionadamente a unos opositores frente a otros, de tal forma que, los opositores que hayan prestado servicio en la Administración Autónoma, pueden aprobar los correspondientes ejercicios con notas muy inferiores y que no garantizan la suficiencia de sus conocimientos. La citada desproporción se traduce en que para la aprobación de cada una de las tres pruebas en que consiste la fase de oposición, se exige a unos opositores el doble de conocimientos que a otros, siendo la razón de la diferencia el mero hecho de haber prestado servicio en la Comunidad Autónoma de Extremadura. Afirma el Alto Tribunal que la convocatoria impugnada consigue así el mismo efecto práctico de concesión de ventajas y privilegios y de restricción de competencias «externas» que perseguía la práctica de pruebas restringidas para el acceso a la función pública. En definitiva, se estima que la referida previsión en la convocatoria constituye una diferencia no razonable y arbitraria de trato entre quienes concurren a la oposición (según hayan o no prestado servicios).

Esa solución es, a mi juicio, acertada, no ya simplemente por esa interconexión injustificada entre la puntuación de ambas fases de concurso y oposición, sino porque no existe una razón objetiva que justifique que, por el mero hecho de haber prestado servicios en la Administración, se le exija (a los que se hallan en tal circunstancia) para aprobar la fase de oposición la mitad de puntos que a los demás, llegando a niveles de 2,5 puntos sobre 10. Esto se traduciría en primar en exceso a los que han prestado servicios, no ya simplemente puntuando por tal circunstancia en la fase de concurso, sino exigiéndoles conocimientos sensiblemente inferiores en la fase de oposición.

En realidad, el principio de que no caben las convocatorias *ad personam*, lógicamente, no debe ser entendido en su sentido literal, sino que, para detectar la posible vulneración de tal principio, deberá examinarse la convocatoria de una manera global para obtener un cabal conocimiento sobre la realidad subyacente; en otras palabras, cuando se pretende convocar unas pruebas de acceso «a medida» de una persona o personas determinadas, se hace normalmente encubriendo la realidad. De ahí que sea preciso un examen pormenorizado para detectar las posibles extralimitaciones.

Por último, la Sentencia que se comenta, de acuerdo con la habilitación que a tal efecto le confiere el artículo 55.1, apartado a), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, determina la extensión de los efectos de la declaración de nulidad de la convocatoria. Este precepto legal permite disponer la conservación de aquellos actos cuyo contenido hubiera permanecido el mismo de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad. De ahí que sostenga la Sentencia que quienes aprobaron los ejercicios de la fase de oposición sin necesidad de que se les aplicasen puntos obtenidos en la fase de concurso, tienen una expectativa legítima de conservación de la validez de esas calificaciones, aunque concluye estableciendo que «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». De este último fundamento sexto de la Sentencia se desprende el mantenimiento por parte del Tribunal Constitucional de las calificaciones de aquellos opositores (hubieran aprobado o no) a los que no se le aplicó la previsión contenida en la convocatoria declarada contraria a la Constitución por la Sentencia, aunque no habría estado de más una mayor precisión y claridad por parte del Alto Tribunal.

IV. REPERCUSIONES INMEDIATAS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 67/1989

Los efectos derivados de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 67/1989 no se han hecho esperar. Aparte de haber dado lugar incluso a la modificación de Disposiciones (8), ha repercutido de forma especial sobre pruebas selectivas convocadas con anterioridad al citado pronunciamiento del Alto Tribunal, en las que se contenían defectos similares a los detectados (y rechazados) en este último.

En efecto, el Consejo de Estado ha emitido recientemente dos dictá-

(8) Así ha acaecido, por ejemplo, con el Real Decreto 833/1989, de 7 de julio, que derogó parcialmente la disposición transitoria quinta del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre. En su preámbulo se citaba expresamente el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 67/1989 como justificadora de la derogación misma.

mencos relacionados con sendos expedientes de revisión de oficio de determinadas bases de convocatorias que adolecían de vicios similares a los detectados por el Tribunal Constitucional en el asunto resuelto por su Sentencia 67/1989. Me refiero a los dictámenes de 21 de septiembre y 23 de noviembre de 1989, recaídos, respectivamente, en los expedientes números 53.753 y 53.963.

En el primero de ellos se aborda la revisión de oficio de tres resoluciones administrativas de 22 de diciembre de 1988 del Instituto Nacional de Administración Pública, por las que se aprobaron las bases de las convocatorias para el acceso a las Subescalas de Secretaría, Intervención-Tesorería y Secretaría-Intervención de la Escala de funcionarios con habilitación de carácter nacional.

Tras exponer el Consejo de Estado la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 67/1989, entró a examinar las peculiaridades de las bases de convocatoria cuya revisión se pretendía, constatándose la identidad sustancial entre el asunto resuelto por esta última Sentencia y el que era objeto de dictamen. Así, en el asunto planteado al Consejo de Estado la puntuación de los servicios prestados en la fase de concurso era de 0,20 puntos por mes de servicios (0,40 puntos menos que el caso resuelto por el Tribunal Constitucional), siendo el límite en ambos casos de 13,50 puntos a obtener por servicios prestados en la fase de concurso. Sin embargo, en las convocatorias cuya revisión se pretendía no existía límite para trasladar la puntuación obtenida en la fase de concurso a la de oposición, de tal forma que era posible tal traslación aun habiendo obtenido un cero como calificación en el ejercicio correspondiente de la oposición (cabe recordar que en el supuesto resuelto por el Tribunal Constitucional existía un límite mínimo de 2,5 puntos de calificación en los ejercicios de la oposición).

Esta configuración de las citadas convocatorias las hacía incluso de manera más clara contrarias al artículo 23.2 de la Constitución, según la doctrina sentada por la tantas veces citada Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1989, pues quedaría desnaturalizada la fase de oposición, confundándose su evaluación con la del concurso en la que se valora el mérito y la capacidad ya demostrada. En definitiva, el Consejo de Estado se muestra favorable a la revisión de oficio propuesta (9).

A una solución similar llega en su citado dictamen de fecha 23 de noviembre de 1989 (expediente núm. 53963), en relación con las bases de convocatoria de las pruebas selectivas de acceso a la condición de funcionario de la Junta de Andalucía, configuradas —en lo que se refiere a la aplicación de los puntos del concurso a la oposición— de manera similar (no existía límite para aplicar la puntuación obtenida en la fase de concurso a la fase de oposición). También en este caso, el Consejo de Estado se muestra favorable a la revisión de oficio.

(9) Finalmente, se dictó por el Instituto Nacional de Administración Pública la Resolución de 29 de septiembre de 1989 («BOE» del día 2 de octubre siguiente), por la que disponía la anulación de oficio de determinados extremos de las bases de las convocatorias.

Destaca, sin embargo, que, en el asunto resuelto por el dictamen número 53753, el expediente había sido tramitado por la vía del artículo 110.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no entrando el Consejo de Estado en su dictamen a dilucidar la corrección o incorrección de dicha vía.

Por el contrario, en el dictamen 53963 se aborda frontalmente esta cuestión, llegándose a la conclusión de que la vía adecuada para proceder a la revisión de oficio de actos administrativos contrarios a derechos fundamentales es la del artículo 109 de la Ley Procedimental. En este sentido, tras sostener que el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo no es verdaderamente exhaustivo al enumerar los supuestos de nulidad de pleno derecho (como de hecho viene sosteniendo la mayoría de la doctrina científica), se apoya en la doctrina del Tribunal Constitucional (10) y en el propio artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (que se refiere a la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos) para llegar a tal conclusión.

Ciertamente, esta solución debe ser en cualquier caso concebida y aplicada con las debidas cautelas, como de hecho recuerda el propio Alto Organismo Consultivo, pues obsérvese que estamos ante «nulidades sobrevenidas», en las que se constata la posible existencia del vicio de nulidad tras la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional de un precepto de la Norma Fundamental (11).

En otras palabras, la aplicación de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional al resolver asuntos concretos puede servir de fundamento, incluso, nada menos, que para utilizar la técnica de la revisión de oficio (con las importantes repercusiones que conlleva), siempre, por supuesto, que se dé una identidad sustancial entre el supuesto resuelto por el Tribunal Constitucional y el que es objeto de revisión de oficio. Como señaló el Consejo de Estado en su citado dictamen recaído en el expediente 53963, será precisa la existencia de una «analogía suficiente», expresión ésta (indeterminada) que de por sí pone de manifiesto la peligrosidad de la utilización de la «nulidad sobrevenida» en la forma expuesta para justificar la técnica de la revisión de oficio, especialmente a través de la vía del artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo. El principio mismo de seguridad jurídica impone, a mi juicio, actuar en este ámbito con la suficiente cautela como para evitar la retirada de actos administrativos del mundo jurídico sin una sólida y constatada fundamentación.

Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA

(10) Recuerda a este respecto el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de noviembre de 1981, en la que se afirma que la violación de los derechos fundamentales comporta como sanción la nulidad *a radice*.

(11) Precepto que podía venir interpretándose de manera diferente por los Tribunales de Justicia, los cuales deberán someterse a la interpretación efectuada finalmente por el Tribunal Constitucional, en cuanto es configurado en nuestro ordenamiento jurídico como el Supremo Interpretador de la Constitución.

