

## **TRECE PROPOSICIONES SOBRE SELECCION DE FUNCIONARIOS Y PROVISION DE PUESTOS DE TRABAJO EN EL DERECHO ESPAÑOL.**

**Antonio EMBID IRUJO**  
**Catedrático de Derecho Administrativo.**  
**Universidad de Zaragoza.**

Pretendo abordar el estudio de tan complejo tema mediante una serie de rúbricas generales donde, sintéticamente, se establezcan unas determinadas proposiciones y, a partir de ellas, puedan hacerse los pertinentes comentarios.

### **1) La selección y provisión de puestos de trabajo es el elemento definitorio de un sistema de función pública.**

Con esta rúbrica pretendo marcar, desde el primer momento, la importancia objetiva del tema ante el que nos encontramos. En muchas ocasiones -sobre todo en los últimos tiempos- es el debate sobre la negociación en el sector público, la representación sindical, la huelga en los servicios públicos y sus consecuencias de todo tipo (desde la polémica sobre la licitud misma de la huelga a la posibilidad de retenciones sobre el sueldo de los huelguistas), la mejora en los servicios, la medida de la productividad etc...lo que retiene la atención de los agentes sociales y de la misma sociedad a través de los medios de expresión de la opinión pública. Sin embargo, y sin desmerecer la importancia de todos estos problemas en buena medida todavía no definitivamente resueltos entre nosotros, creo que no cabe duda de que el elemento básico definidor de la función pública de un país, es la consideración de las reglas de acceso al servicio público y de permanencia en el mismo.

Son, precisamente, éstos los problemas de quienes se ocupa preferentemente la Constitución (cualquier Constitución de cualquier país de cultura jurídico-política semejante a la nuestra) y que merecen, igualmente, la intervención

periódica del Tribunal Constitucional.

La necesidad del tratamiento constitucional deriva de que en esta cuestión se mezclan derechos fundamentales como los de igualdad (art. 14) y acceso a las funciones públicas (art. 23) con principios estructurales de los poderes públicos como el de eficacia de la Administración (art. 103.1), directivas generales de acceso a la función pública (art. 103.3) o reglas básicas como la del respeto y sujeción al ordenamiento jurídico (art. 9.1). El recurso de amparo, otorgado a todo aquél que piensa que una actuación del poder público ha violentado sus derechos fundamentales protegidos constitucionalmente, sirve para dar ocasión al máximo intérprete constitucional de intervenir y de fijar una doctrina que, entre nosotros, tiene una importancia fundamental.

Todo lo anteriormente indicado bastaría para concluir en la importancia suma del tema ante el que nos encontramos y la necesidad de enfrentarse al mismo con el respeto y cuidado que deben merecer siempre, en un Estado de Derecho, las instituciones fundamentales para su funcionamiento.

Y, sin embargo...

**2) La reciente historia del derecho español de funcionarios en torno a esta cuestión es todo menos ejemplar. A pesar de ello, conviene olvidar el pasado, y tomar en serio las actuales reglas de selección y provisión para discurrir sobre ellas, ver sus virtudes e insuficiencias y, consecuentemente, sus posibles cambios.**

Y, sin embargo, una contemplación desapasionada de los últimos quince años de desarrollo del derecho de funcionarios en nuestro país, lleva casi ineludiblemente al desánimo de quien pretenda emprender el estudio, la consideración o la reflexión crítica de las normas sobre acceso y permanencia en la función pública. La razón no es otra que la escasa seriedad que ha tenido el funcionamiento práctico, y hasta la construcción jurídica, del derecho de acceso, el campo de batalla -y el consiguiente despojo connatural a toda batalla- que ha sido en más de una ocasión la función pública en el próximo pasado y, por tanto, el descrédito, como consecuencia, que el ordenamiento jurídico relativo tiene todavía como sello indeleble en esta cuestión.

Una frase como la anterior necesita imprescindiblemente de las correspondientes pruebas para no ser tachada de demagógica o, simplemente, de poco científica. Hay que reconocer que no es difícil ofrecer esas pruebas y evitar, así, los reproches apuntados.

La Administración pública, la función pública, como campo a disposición de las necesidades políticas aparece en el mismo momento de la transición política (1976-1977) cuando se integra en la función pública del Estado al personal proveniente del Movimiento Nacional y de los Sindicatos Verticales. Entiéndase que no pretendo llevar a cabo aquí una crítica de aquella medida probablemente inevitable en el contexto de una transición pacífica y pactada como fue la española, pero la ausencia de crítica no significa que deba dejar de

pasarse por alto el significado profundo que puede tener para la moral pública general la excepcionalidad de que unos cuantos miles de personas entren por la parte de atrás en la función pública y resulten colocados en pie de igualdad con quienes hubieran superado las duras y serias pruebas que caracterizaron la entrada en la función pública de los años sesenta y setenta de nuestro siglo.

A partir de este momento, la entrada en la función pública de acuerdo con lo que pudieramos llamar reglas generales (oposición, concurso-oposición..) va a ser en Administraciones concretas y durante unos años la excepción de la regla siendo lo normal la contratación sea ésta laboral o administrativa, el nombramiento como funcionarios interinos etc... Este hecho tiene causas y fundamentos, no es puramente gratuito desde luego, y entre las razones que lo posibilitan hay que indicar que parecen decisivas estas dos: a) por un lado la formación de los nuevos Ayuntamientos democráticos que deben emprender tareas para las que no cuentan con personal suficiente y, b), sobre todo, la creación de las Comunidades Autónomas (y, con anterioridad, de los entes preautonómicos), a quienes el ordenamiento jurídico de los primeros tiempos no les habilita para crear su propia función pública debiendo acudir, por tanto, a contrataciones en masa para cubrir sus servicios centrales.

El fenómeno es más que conocido y está muy bien descrito en la doctrina. No pretendo aquí retratarlo a golpe de cita de Decreto aparecido en el BOE o en los Boletines autonómicos sino, solamente, explicitar su existencia y, sobre todo, sus consecuencias.

Estas consecuencias parecían ya ineludibles en el mismo momento que se desarrollaban los hechos narrados: el personal contratado en su momento iba a aspirar a permanecer al servicio del ente que lo contrató bajo la fórmula funcionarial en cuanto existieran mínimas posibilidades legales para ello. La Ley 30/1984, de 2 de agosto de medidas para la reforma de la función pública, proporcionó el marco legal para que las Comunidades Autónomas crearan su propia función pública y emprendieran la funcionarización de su personal contratado, y, tras ella, la Ley de Bases de Régimen local de 1985 hizo lo propio para los Ayuntamientos. A partir de allí lo único que faltaba era la invención de procedimientos que excluyeran o, al menos, imposibilitaran en buena medida la posibilidad de competencia en las futuras pruebas que debieran convocarse. Y aquí y en este punto hay que reconocer que la inventiva española ha traído aportaciones que, de seguro, si fueran conocidas fuera de nuestras fronteras, serían el asombro de propios y extraños. Entre ellas, la fórmula de la “mochila”, práctica poco montañera consistente en configurar unas ciertas pruebas aparentemente libres a las que acuden los aspirantes con puntos provenientes de su antigüedad -único mérito computable en ellas- y que utilizan tanto para superar la fase de concurso como, aquí está el quid de la cuestión, la de oposición.

El sistema fue de general aplicación hasta que se cortó de raíz por una lamentablemente tardía Sentencia del Tribunal Constitucional (67/1989, de 18

de abril), que juzgó “arbitraria e incompatible” con el principio de igualdad (y, por tanto, inconstitucional) dicha regulación jurídica (utilizada en el caso por la Comunidad Autónoma de Extremadura, aunque generalizada a todas las Administraciones) obligando ya desde ese momento, a la revisión de las pruebas entonces convocadas y todavía no celebradas en distintas Administraciones e impidiendo la convocatoria de nuevas pruebas en el mismo sentido.

Sin embargo, y aunque las cosas están en su sitio ya, lo cierto es que son muchos miles de personas quienes -dejando al margen sus méritos personales de los que, obviamente, no es el caso hablar aquí- se incorporaron a la función pública con este procedimiento y durante los años 1985-1989. Muchos más, pienso, de los que en esa época accedieron a la función pública con otros procedimientos. Esto, para cualquier conocedor de la función pública en nuestro país, ha creado un sentimiento mezcla de escepticismo y de amargura que hace muy difícil tomar hoy en serio, con la poca distancia temporal todavía transcurrida, una reflexión sobre el acceso y la provisión de puestos de trabajo en la función pública.

Y, sin embargo otra vez, creo que ello es necesario, urgente, y que las heridas del pasado deben quedar así, en el pasado, en el recuerdo como testigo de prácticas que no deben volver a repetirse y como experiencia acumulada para todos -entes públicos, Sindicatos, funcionarios- de pasos que deben rigurosamente evitarse para que quede preservado el valor fundamental de un servicio público eficaz, plural, neutro, respetuoso de los valores constitucionales que es, como lo saben los países de Administración más avanzada como puedan ser Francia, Inglaterra o Alemania, un tesoro colectivo fundamental a preservar.

**3) La comprensión del marco constitucional es imprescindible para el discurrir sobre las reglas de selección de funcionarios y provisión de puestos de trabajo. La coexistencia de un régimen laboral con un régimen estatutario y el significado de la atribución al Estado de la competencia de establecimiento de la legislación básica sobre función pública.**

Con el ánimo, entonces, de proseguir en el camino emprendido, debemos volver a la importancia suprema de la Constitución para encontrar guías y marcos del discurrir. Algunos preceptos de ellas ya han sido destacados, como los derechos fundamentales implicados o ciertos principios estructurales de la propia Administración pública. Sobre ellos y su significado y consecuencias se habrá de volver en algún momento. Ahora, sin embargo, querría descansar la atención sobre dos características constitucionales fundamentales para la imagen de nuestra función pública y, por tanto, de las reglas que a nivel ordinario se establezcan para el acceso y la provisión de puestos de trabajo.

Es la primera de ellas la posibilidad de que dentro del personal al servicio de las Administraciones públicas coincida personal con estatuto funcional y

personal con estatuto laboral. Es una característica que está presente en otros sistemas de función pública (alemán, italiano, por ejemplo) y que cuenta entre nosotros con una cierta tradición. Tradición que, por cierto, la Ley 30/1984 prosiguió si bien desequilibrando las reglas de juego a favor de una cierta laboralización de la función pública en cuanto que se delegaba en la Administración libremente la previsión de los puestos que debieran desempeñarse por funcionarios públicos y suprimía, por otro lado, la contratación sometida al Derecho Administrativo.

Esas previsiones unidas a otras igualmente importantes y significativas (puestos de trabajo a disposición de cualesquiera cuerpos de funcionarios, no reserva de puestos a cuerpos en concreto, reglas flexibles de promoción interna y, en general, amplia capacidad de intervención de la Administración en estas cuestiones etc...) motivó una intervención del TC (Sentencia 99/1987, de 11 de junio), que sin negar la constitucionalidad de la coexistencia de regímenes jurídicos afectó fuertemente a la capacidad de la Administración de determinar su respectiva extensión. En palabras del TC:

“Este apoderamiento indeterminado que la Ley confería al Ministerio de la Presidencia a efectos de especificar cuáles sean los puestos de trabajo que deban quedar reservados a funcionarios públicos, **entraña una patente conculcación de la reserva de Ley establecida en el art. 103.3 de la Constitución y, de este modo, una plena renuncia del legislador a su tarea de establecer en este punto ciertamente crucial para la estructura de las Administraciones públicas y de la propia Función pública, condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración**” (fundamento jurídico 3).

La anulación consiguiente del art. 15.1 de la Ley 30/1984, fue seguida en la Ley 23/1988, de una especificación concreta de los puestos de trabajo que únicamente, y en función de lo que indicaran las relaciones de puestos de trabajo, podían ser ocupados por personal con régimen laboral. La consecuencia final de todo ello es una evidente restricción de las posibilidades de contratación laboral lo que trae consigo, en el tema que nos preocupa, algunas consecuencias que deben destacarse:

1ª) La preeminencia de los procedimientos muy formalizados y complejos para el ingreso en la función pública, procedimientos típicos del personal funcional (oposición, concurso oposición...). La consiguiente escasa existencia de procedimientos menos formalizados (aunque no deberían necesariamente por ese carácter ser menos garantistas) para el ingreso como personal laboral, como es el concurso.

2ª) La existencia generalizada de la carrera como característica del personal al servicio de las Administraciones públicas. El sistema de carrera es aquí entre nosotros (como en Francia, Inglaterra, Alemania) característica ínsita de un sistema de función pública. Al contrario, el sistema de empleo que es el típico de la relación laboral, queda por fuerza muy disminuído.

La restricción por Ley de los puestos que puedan ser objeto de provisión laboral no debe juzgarse, en modo alguno, como muestra de poca flexibilidad sino como una consecuencia ineludible del principio de reserva de Ley que aparece en la Constitución como signo distintivo del estatuto funcional (art. 103.3). Piénsese, a título de comparación, que en un país como Alemania, es la propia Ley Fundamental quien determina los puestos que quedan reservados a los funcionarios (“el ejercicio de competencias de soberanía será como regla general tarea permanentemente confiada a los miembros de la función pública que estén en una relación de servicio y de fidelidad jurídico-pública=”, art. 33.4), considerándose ello como uno de los “principios tradicionales del funcionariado” (art. 33.5)>.

En segundo lugar, la competencia sobre el establecimiento de la legislación básica sobre el régimen estatutario de los funcionarios es del Estado (art. 149.1.18 CE). Ello equivale a atribuir al Estado el establecimiento de las reglas que formen una suerte de mínimo común denominador, imagen común de todas las funciones públicas, y que deben por fuerza ser respetadas por todas las Administraciones. Sin duda alguna ello facilita notablemente la comprensión del sistema de función pública en un país de estructura compleja, como es España, donde la Administración local y la autonómica están protegidas por el principio constitucional de la autonomía (arts. 137 y 140 CE), que les habilita para adoptar con propia responsabilidad una buena parte de su ordenamiento jurídico y de sus políticas dentro de su orden competencial propio.

En el tema que nos ocupa, y por determinación de la propia Ley 30/1984, de 2 de agosto (art. 1.3), no negada por la jurisprudencia del TC, las reglas fundamentales sobre acceso a la función pública y provisión de puestos de trabajo pertenecen al ámbito de la legislación básica. Así, los sistemas de oposición, concurso-oposición y concurso y la garantía de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (art. 19.1); igualmente los sistemas de concurso y de libre designación, con absoluto predominio del primero (art. 20.1) a la hora de la provisión de puestos de trabajo quedando solamente a la disposición de las Comunidades Autónomas (que no a la de las Administraciones locales), la determinación de los puestos que en su estructura propia serían de provisión por libre designación.

Esta amplia configuración de la legislación básica es plenamente congruente con nuestro sistema constitucional de derechos y libertades y facilita el respeto efectivo de esos mismos derechos y libertades.

**4) Dados nuestros presupuestos constitucionales, nuestro sistema de selección deberá necesariamente orientarse hacia la incorporación de los mejores a la Administración pública en un procedimiento en el que los aspirantes participan en condiciones de igualdad y que es transparente. Ese sistema sirve a la eficacia de la Administración pública e, igualmente, debe garantizar que ésta cumplirá sus funciones con respeto a la legalidad. Cosa**

### **semejante puede decirse del sistema de provisión de puestos.**

El conjunto de preceptos constitucionales relativos al acceso a la función pública (y que he citado en los comentarios a la primera proposición) dibuja un comportamiento de los poderes públicos inequívocamente orientado a la selección de los mejores a la hora de la incorporación a la función pública. Los principios de “mérito y capacidad” específicamente recordados por el art. 103.3 CE son más que representativos desde su misma semántica a estos efectos, lo único que sucede es que precisan de los correspondientes procedimientos administrativos para realizarse y aun de determinaciones que trascienden a esos procedimientos a la hora de precisar qué se entienda por “mérito” y “capacidad” en relación a las distintas plazas que puedan estar convocadas para su provisión.

La CE imparte, pues, directivas que posteriormente la legislación ordinaria deberá completar o, más bien, dotar incluso de significado y, sobre todo, los órganos administrativos correspondientes (Comisiones, Tribunales) realizar efectivamente. Un mérito y una capacidad como una directiva jurídica, sometida por naturaleza al control de la jurisdicción ordinaria (art. 106.1 CE), y que para facilitar dicho control necesita de una formalización procedimental que es, singularmente, lo que suele caracterizar los procesos de selección en las Administraciones públicas frente a los que tienen lugar en los organizaciones privadas o en los mismos entes públicos cuando funcionan con arreglo a pautas de derecho privado.

Unos procedimientos que precisan ineludiblemente del principio de la publicidad. Si el sistema constitucional es, en sí mismo, consagrador de un principio general de publicidad en la actuación de los poderes públicos [vid. el art. 105 b) CE como una buena muestra de ello], la selección y provisión de puestos de trabajo pide la publicidad como algo connatural e innato al sistema. Como una garantía de su mismo funcionamiento.

Por fin, todo lo anterior aun importante en sí mismo, tiene un significado último que trasciende sus mismas reglas: la selección de los mejores en condiciones de igualdad en un procedimiento transparente, debe servir para asegurar la eficacia en la actuación de la Administración pública. Y la eficacia es un principio constitucional (art. 103.1) que, obviamente, se cumplirá con más facilidad con el mejor del elemento personal posible.

Esa selección debe ser, al mismo tiempo, no partidista con la finalidad de que sea posible el cumplimiento de otro de los principios constitucionales que se fijan para la Administración pública: el servicio con objetividad de los intereses generales (art. 103.1). Sólo cuando el personal se selecciona con las garantías constitucionales antecitadas, es posible asegurar que en el futuro podrá configurarse una Administración servicial, orientada hacia los intereses generales y no a los de partido.

### **5) En el plano de la legislación ordinaria, nuestro sistema de selección**

**presupone un aspirante a funcionario con conocimientos generales, de utilización polivalente, cuya formación inicial es alcanzada fuera de la Administración y que se incorpora a ella mediante procedimientos muy formalizados.**

Si entramos ya a partir de estos datos constitucionales en la consideración del derecho ordinario, podemos inmediatamente advertir que la legislación parte de que como regla general los aspirantes a la función pública habrán adquirido los conocimientos que sirvan para el ingreso, fuera de la misma Administración. Sólo en muy pocas ocasiones contiene el ordenamiento la previsión de exámenes de entrada “iniciales” a determinadas Escuelas (carrera militar y diplomática, por ejemplo), donde se imparten los conocimientos por la propia Administración que, previa superación, servirán para el ingreso definitivo en la Función pública.

Lo más curioso, entonces, es que la legislación ordinaria se desentiende de una cuestión capital sin, paralelamente, indicar vías, caminos, o saberes concretos que debieran necesariamente adquirirse. Digo que es lo más curioso porque representa una evidente esquizofrenia de un país claramente volcado hacia el servicio público (en el sentido de que la máxima aspiración de amplias capas sociales es la de convertirse en funcionario) y donde, sin embargo, la Administración pública confía en una “sociedad” al margen de ella la necesaria preparación. La imagen del preparador solitario o de la Academia con sistema más o menos “científico” es típica de una Administración española cada día más gigantesca en su configuración y estructura, pero que renuncia hasta en lo más mínimo a proporcionar datos indicadores de sus verdaderas necesidades.

Y ello desde el mismo sistema educativo. Hay títulos que se dicen claramente orientados hacia la preparación hacia la Administración pública y, entre ellos y como pocos, la carrera de Derecho. Pero si ello es así resultará, como tantas veces entre nosotros, como una consecuencia accidental, no querida, no planificada, no buscada, del sistema, en cuanto que nada hay en los planes de estudios ni en las directivas sobre los profesores -si es que pudieran hacerse directivas en este sentido sobre los profesores- que orientaran hacia una determinada preparación hacia la función pública.

En la última reforma de los Planes de Estudio universitarios han aparecido las Directrices de una llamada Diplomatura en Gestión y Administración Pública, carrera corta de título más que significativo y cuyo contenido podría pensarse que estuviera orientado hacia la preparación de cuadros medios (Grupo B) de las Administraciones públicas. Pues bien, con independencia de lo que, otra vez, pueda ser el resultado futuro, nada hay que permita pensar hoy en que quienes se formen en esta carrera estarán adquiriendo los saberes que realmente demandan las Administraciones. Para que esto sucediera -y creo que debería suceder- sería necesario emprender un camino de convenios, comunicación de información, prácticas generalizadas, entre los Centros donde se van a impartir estas Diplomaturas y las Administraciones públicas, de

donde podrían extraerse frutos importantes.

Porque creo que, realmente, es en este plano de la formación previa donde podrían labrarse importantes batallas aunque fueran a título individual y por Administraciones aisladas y actuando como francotiradores. Las Administraciones deben comunicar el tipo de conocimientos que desean de sus futuros funcionarios, y eso lo pueden hacer vía los centros universitarios de formación o mediante otras actuaciones como edición de libros, manuales, guías, organización de seminarios o jornadas dirigidas a estudiantes de últimos cursos etc...Suscitando inquietudes y haciendo, a la vez que atractivo el ingreso en la función pública, una suerte de prédica misional de hacia donde debe ir el esfuerzo del opositor esforzado.

Un opositor que, por fuerza y a la vista de los temarios existentes y de las pruebas convocadas, dirige su esfuerzo a la adquisición de saberes generales que, quizá, le van a servir de poco en los primeros puestos de trabajo que vaya a desempeñar en la función pública donde, muy probablemente, son saberes especializados que deberá aprender por su cuenta y esfuerzo con posterioridad al ingreso en la función pública, los que le van a resultar más útiles.

Por fin, el sistema presupone una determinada “demostración” de conocimientos ante las Administraciones públicas que exigen una formalización muy complicada, compleja y, sobre todo en determinadas pruebas, tremendamente larga y costosa en lo personal y en lo económico. Pero una formalización que es una carga probablemente ineludible de las garantías del respeto de la igualdad, mérito y capacidad previstas constitucionalmente y donde muy poco campo de actuación puede haber para las Administraciones concretas e individuales sino es la máxima racionalidad posible en la convocatoria de las plazas y, sobre todo, si de Administración local se trata, una cierta capacidad de coordinación en la oferta de plazas semejantes con Administraciones próximas (otras Administraciones locales o autonómicas).

Al margen de esta última referencia, querría insistir que las mayores posibilidades de actuación de las Administraciones singulares estriban en la capacidad de comunicación a los aspirantes del tipo de conocimientos que ellas demandan. Es en este camino en donde mejores resultados y con mínimos esfuerzos podrían conseguirse. Cosas más complicadas -y, desde luego, importantes- como el servicio de preparación alemán (“Vorebereitungsdienst”) estarían reservadas al Legislador y, desde luego, son en sí mismas muy lejanas de nuestras concepciones en cuanto que no suponen solo una determinada forma de ingreso en la función pública, sino una manera de configurar tanto el sistema educativo como el modo de acceso al ejercicio profesional incluyendo en él el servicio público.

En efecto y por recordar el sistema alemán: que después de concluir el estudiante su “currículum”, llegue el primer examen de estado (“erste Staatsprüfung”) que supera ante instancias no exclusivamente universitarias, supone en lo que nos interesa el ingreso como funcionario interino (“Beamte

auf Widerruf”) lo que abre una formación durante un tiempo a cargo de la Administración para, finalmente, adquirir la titulación académica definitiva en el segundo examen de Estado (“zweite Staatsprüfung”), con lo que el aspirante está tanto dispuesto a integrarse definitivamente en la función pública (primero como funcionario a prueba) como al ejercicio de una actividad profesional (abogado, Juez, notario etc...).

Este sistema, de eficacia más que contrastada en la República Federal, sería muy difícilmente implementable entre nosotros por la cantidad de decisiones colaterales -y no solo de función pública- que habrían de adoptarse.

**6) La proliferación de Entidades de derecho público que actúan en régimen de derecho privado, signo de la actual época de huida generalizada del Derecho Administrativo, lleva consigo el posible cumplimiento de tareas públicas, por personal laboral, seleccionado con otros principios y orientado en torno al ejercicio de un puesto de trabajo concreto.**

Todo lo anterior -formación externa, conocimientos generales, procedimientos formalizados- necesita hoy de una complementación obvia: comienza a ser tan importante en la Administración contemporánea la aparición de entidades de derecho público que actúan en régimen de derecho privado, que cuando se trata de hablar del ingreso a la función pública no se puede olvidar este fenómeno. Y ello por una razón muy clara: estas entidades de Derecho público actúan, por su propia definición, en régimen de derecho privado y ello supone en lo que al elemento personal se refiere, que normalmente seleccionan su personal conforme al derecho privado y, por tanto, establecen con él relaciones puramente de derecho laboral, no de derecho público.

Esa “laboralización” de relaciones de personal responde a la misma lógica que la aparición de estas entidades: flexibilización de formas, huida del rígido sistema de derecho público para la contratación, contabilidad, financiación y, por tanto, también para el personal.

Es claro que un fenómeno como el que estoy describiendo y que tiene hoy en día manifestaciones tan notorias e importantes (piénsese en la Agencia Estatal Tributaria, por ejemplo) exigiría un amplio debate para un tratamiento que pretendiera pasar de la anécdota. Esto no es posible realizarlo aquí, por supuesto, por lo que yo solo querría llamar la atención sobre una idea: ¿No surgirá en algún momento del próximo futuro un inconveniente de tipo constitucional en el régimen jurídico de estos entes por el hecho de la selección de personal por medios laborales, personal que luego es vinculado al cumplimiento de funciones públicas?. ¿No se podrá oponer esta práctica a mandatos constitucionales ya utilizados en algún momento del debate sobre nuestra función pública pudiendo, entonces, el TC cortar el fenómeno de que hablamos?.

Me explico: si en un determinado momento la jurisprudencia del TC llamó la atención sobre la necesidad de que fuera la Ley quien determinara el tipo de funciones que podían únicamente ser desempeñadas por personal laboral (STC 99/1987) y luego la legislación ordinaria lo ha hecho de una forma muy restringida (art. 20 de la Ley 30/1984 modificada por Ley 23/1988), bastaría que se encontrara o dedujera el cumplimiento de funciones públicas en estas entidades de Derecho público (lo que, dicho sea de paso, no sería muy difícil) para sacar la lógica consecuencia de que dichas funciones deberían ser cumplidas por personal funcionario a no ser que se encontrara una excepción prevista legalmente.

En todo caso, y con independencia de la apelación al futuro, no debe perderse de vista un fenómeno como este de la proliferación de entidades de Derecho público que representa, en sí mismo, una excepción a la aplicación de las reglas de derecho público que son el presupuesto de este trabajo.

**7) Nuestro derecho conoce un sistema absolutamente abierto de provisión de puestos de trabajo que se relaciona, coherentemente, con la selección de funcionarios con conocimientos generales y que acrecienta, en lógica consecuencia, la capacidad de la Administración de gestionar su personal. Dicho sistema configura una carrera funcional con múltiples posibilidades en el plano de la teoría aunque en las pequeñas organizaciones administrativas, los preceptos legales no posibilitan en muchas ocasiones hablar de un sistema de carrera sino de un sistema de empleo.**

En el plano de la provisión de puestos de trabajo, el sistema sigue funcionando con coherencia con el sistema de acceso: si en el acceso hemos encontrado una exigencia normal de conocimiento de saberes generales, es congruente que, posteriormente, la mayoría de los puestos de trabajo estén abiertos en su provisión a todos los funcionarios, en cuanto que en principio todos ellos cuentan con unos conocimientos básicos aplicables a cada puesto de trabajo (dentro de los niveles correspondientes a cada Grupo, por supuesto).

Naturalmente que la razón de ser de ese amplio sistema de provisión no reside, exclusivamente, en esos conocimientos generales poseídos sino que hay razones más profundas, de estructura misma de la función pública y, al tiempo, de facilidad de gestión de las estructuras de personal por la Administración, que llevan a ello.

Así, la regla de que los cuerpos de funcionarios no poseen, per se, el derecho a ocupar determinados puestos de trabajo (art 26, de la Ley 30/1984), siendo únicamente las relaciones de puestos de trabajo quienes otorgan dicho derecho, es básica a los efectos de ese sistema abierto, aunque, justo es reconocerlo, comienza a tener excepciones (vid. el RD Ley 2/1989, de 31 de marzo, sobre estructuración del Cuerpo Superior de Inspectores de Finanzas del Estado y el RD 1235/1990, de 11 de octubre, sobre adscripción de puestos de trabajo a los

funcionarios del Cuerpo Superior de Técnicos Comerciales y Economistas del Estado) más que justificadas por la necesaria especialización técnica para el desempeño de ciertos puestos que, normalmente, va vinculada a la pertenencia a un Cuerpo.

La forma última de conjugar un principio general de provisión abierta de puestos de trabajo y la necesaria especialización técnica, es la de operar por medio de la configuración de los méritos específicos para el acceso a determinadas plazas que pueden hacer que, de hecho, algunos puestos de trabajo aparezcan reservados a ciertos colectivos (o cuerpos) lo que no es en modo alguno un defecto, dicho sea de paso (vid. a título de ejemplo el reciente D.172/1992, de 17 de septiembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se reglamentan la provisión de puestos de trabajo, la carrera administrativa y la promoción profesional de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, especialmente artículos 19 y ss.).

Naturalmente que todo lo anterior coopera a que la Administración (entendida como los órganos superiores de ésta) tenga amplias posibilidades de “gestionar” las estructuras funcionariales, en cuanto que los aspirantes a los distintos puestos pueden ser muchos y, por tanto, más fácil elegir, más fácil elegir mejor y, también, más fácil predeterminar una forma de elección en virtud de la confección de los respectivos baremos. La consecuencia es una carrera funcional absolutamente amplia y abierta, al menos en el plano de la teoría y, sobre todo, en las grandes organizaciones administrativas. En las más pequeñas y, singularmente, en las Administraciones locales, la realidad deja mucho más de desear pudiéndose, incluso, dudar de que en determinadas Administraciones la práctica permita hablar de un sistema de carrera y no de un sistema de empleo como ya ha sido detectado para el sistema territorial francés por el profesor Franck Moderne.

**8) La necesidad de que el Legislador y el titular de la potestad reglamentaria fije un marco general suficientemente flexible para la aplicación práctica del proceso de selección de puestos de trabajo. La movilidad funcional puede ser un principio imprescindible para propiciar la ocupación de los puestos de trabajo por los mejores. La consecuencia ineludible: una vocación centrípeta de la función pública determinada por las mejores condiciones económicas.**

La flexibilización, como he indicado antes, me parece una virtud y no un mérito. Que el sistema de provisión de puestos funcione en la práctica generalidad con arreglo al principio del concurso, no debería llevar en modo alguno a la predeterminación en el plano de lo normativo de quien puede ocupar los puestos de trabajo, al menos en las grandes organizaciones administrativas. En ese plano, las normas deben contener principios generales sobre méritos y valoraciones pero que permitan siempre una adecuada aplicación al proceso de selección de cada puesto de trabajo en la lógica

persecución de su ocupación por quien mejor pueda desempeñarlo.

En muchas ocasiones la fase de provisión viene determinada por el escaso número -a veces el número es único, no plural- de posibles aspirantes a la plaza. No hay nada más contradictorio con la aplicación práctica de los principios de mérito y capacidad (con el funcionamiento del “mercado” en sentido real) que la falta de oferta para cubrir un determinado puesto. El derecho funcionarial actual conoce el principio de movilidad funcionarial como fundamental a los efectos de evitar los lastres de que se habla (art. 17 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto), pero su aplicación práctica puede tropezar con dificultades siendo la primera de ellas, que las relaciones de puestos de trabajo posibiliten en realidad la aplicación de dicho principio. (Y, claro está, en ese plano no habrá que olvidar las posibles resistencias que el personal de cada Administración pueda oponer a que las relaciones de puestos de trabajo contengan dicho principio de forma generalizada, oposiciones que podrían ser superadas con una adecuada política de convenios entre Administraciones públicas).

Desde mi punto de vista las Administraciones públicas deberían propiciar una política de función de puestos apoyada en este principio, no sin desconocer, desde luego, que su realización efectiva dependerá también del nivel retributivo que como “señuelo” pueda ofrecerse en el mercado y que, por tanto, las Administraciones más “ricas” (o más proclives a engordar el Capítulo I), pueden estar en la mejor de las posiciones y que, para otras, el principio puede ser neutro o jugar, incluso, de forma contraproducente. El efecto centrípeto que pueden tener las retribuciones en la política de personal es claro y no puede desconocerse. En todo caso cabe una política “discriminatoria” en función de rodear de mejores condiciones económicas determinados puestos de trabajo, precisamente aquellos que sean juzgados clave por la corporación u órgano directivo de la Administración correspondiente

**9) Las perturbaciones que en el sistema de carrera produce el incentivo retributivo. Algunas perversiones del sistema: las luchas por la elevación del complemento de destino, dejan sin margen a la carrera administrativa. La conversión del complemento específico (el menos reglado) en el elemento determinante de la carrera administrativa. Carrera administrativa y carrera retributiva.**

Acabo de hablar en el punto anterior de la importancia del elemento retributivo en todo proceso de provisión de puestos de trabajo y ahora conviene profundizar un poco más en esa idea para indicar cómo el principio de carrera que marca en la teoría todo el proceso de provisión de puestos de trabajo puede estar perturbado por la configuración económica de la provisión de puestos de trabajo. En efecto, el principio de carrera se ha configurado siempre como básico en un sistema de función pública en cuanto que proporciona una expectativa profesional al funcionario individualmente configurado y, a la vez,

es importante elemento para la gestión por la Administración pública a la hora, sobre todo, de prever la ocupación de los puestos directivos de una Administración.

Pues bien, todo ello exige una adecuada configuración de las retribuciones vinculadas a los puestos para que la carrera administrativa, entendida como legítimo deseo de mejora retributiva individual unida indefectiblemente al desempeño de los puestos de máxima responsabilidad, no pueda convertirse exclusivamente en un principio de carrera retributiva que no tenga nada que ver con alcanzar puestos de dirección. En ese “pecado” puede caerse dado nuestros presupuestos normativos actuales si no se utiliza con talento y racionalidad el complemento específico, dado que el complemento de destino, por su limitación lógica, proporcionalidad ínsita y escasa variabilidad, poca capacidad de predeterminación posee. Incluso, si se tiene en cuenta la lucha por la “elevación” del tope del grado personal que corresponde a cada Grupo funcional, se comprenderán mejor las limitaciones de este elemento. Quien determina la carrera administrativa no es, por tanto, el complemento vinculado a la ordenación jerárquica de los puestos de trabajo (el complemento de destino) sino un complemento dirigido a retribuir “condiciones particulares de algunos puestos de trabajo” (de la expresión utilizada por el art. 23.3.b) de la Ley 30/1984), lo que probablemente puede ser pedir demasiado de esa figura.

La consecuencia puede ser obvia: una no afinada política de complementos específicos puede desviar la práctica real de la carrera hacia puestos que en una imagen ideal no estén en su cúspide pero, sin embargo, puedan resultar más atractivos en el conjunto de valoración que proporcione la responsabilidad, el nivel retributivo y la intensidad de trabajo a proporcionar por el funcionario.

La sinrazón final del sistema aparece claramente cuando se observa, por último, que el grado personal consolidado se conserva siempre con independencia del puesto que se desempeñe (art. 22.1 de la Ley 30/1984), lo que si puede ser estimable desde el punto de vista de la garantía de un nivel mínimo de ingresos del funcionario, no lo es tanto desde la imagen de una carrera administrativa que está decididamente marcada por el hecho retributivo hasta el punto de que, normalmente, predomina éste. sobre aquél.

**10) El peso relativo que se concede a los méritos en los procedimientos de provisión marca la imagen de la Administración pública. Ejemplo: antigüedad versus capacidad profesional. La adquisición del grado personal mediante cursos de capacitación y la desconfianza hacia ese sistema. En general, la conveniencia de una homologación previa de los cursos de especialización o capacitación susceptibles de ser aportados como méritos.**

Que el procedimiento de provisión de puestos de trabajo sea normalmente el concurso, es una loable directiva legal (art. 20.1 de la Ley 30/1984, de 2 de

agosto) tendente a propiciar la realización efectiva de los principios de mérito y capacidad pero que necesita, para la comprensión real del funcionamiento del sistema, ser inmediatamente complementada con la relación y ponderación relativa de méritos a aportar a ese concurso. En ese sentido, a nivel reglamentario es donde suelen aparecer las relaciones de méritos con garantías mínimas de ponderación para cada uno de los enumerados y con un último margen de maniobra, dentro del respeto a esa garantía mínima, que se deja a la autoridad administrativa responsable (aunque la realidad práctica de cada Administración es muy variable y no responde siempre a lo indicado en este párrafo).

La especificación de los méritos correspondientes a la provisión de cada puesto deberá, por tanto, partir de ese marco legal muchas veces configurado con ese carácter garantista mínimo. A partir de ello, la Administración ofrecerá una cierta imagen de sí misma, o de la imagen que de sí misma desea tener, en función de la ponderación última que ofrezca. Un ejemplo es muy sencillo: conceder a la antigüedad un peso tal que pueda ser dirimente de un determinado concurso, es una decisión de política administrativa tan clara como reducir la antigüedad al mínimo garantizado legalmente. (Sobre méritos y su ponderación en el sistema del Estado, vid. el artículo 14 del Reglamento general de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración del Estado aprobado por RD 28/1990, de 15 de enero). En todo caso sí que querría advertir que me parecen más defendibles los sistemas con garantías mínimas por méritos -como el del Estado que acabo de narrar- que aquellos que pretenden una pormenorización exacta de todos los méritos ya a nivel legislativo o reglamentario.

La Ley 30/1984 y, con ellas, las legislaciones local y de las Comunidades Autónomas han previsto la posibilidad de alcanzar el grado personal no sólo mediante el desempeño de dos años continuados o tres sin interrupción de un determinado puesto de trabajo [art. 21.1.d) de la Ley 30/1984], sino también mediante la superación de cursos específicos [art. 21.1.f) de la Ley 30/1984]. El principio es en sí mismo estimable en cuanto muestra, otra vez, de una flexibilidad en la adquisición de capacidades y consiguiente niveles no vinculado, exclusivamente, a la antigüedad y desempeño de puestos de trabajo concretos. Pero, es bien comprensible, susceptible de manipulaciones y capaz de crear conflictos entre los funcionarios. De ahí que sea una posibilidad todavía por explorar y que las normativas ordinarias sean bien parcas y prudentes en la forma de configurar estos cursos y, sobre todo, minuciosas a la hora de reglamentar el acceso a los mismos que es donde está la verdadera problemática de la cuestión (vid., como ejemplo reciente de lo que se dice, el art. 39 del Decreto 172/1992, de 17 de septiembre, de la Diputación General de Aragón ya citado).

Un elemento importante a la hora de la resolución de los concursos para la provisión de plazas, puede ser la valoración que se otorgue a los cursos que

haya seguido el funcionario y que, obviamente, estén relacionados con el contenido del puesto de trabajo a proveer. Hoy en día, la variedad de cursos y organizadores es tal, el mundo económico montado en torno a los mismos de tal calibre, que el mero certificado de asistencia a un curso puede ser que no garantice, realmente, ni esa misma asistencia. Creo que sería necesario, en todo caso, un trabajo de las Administraciones tendente a “homologar”, a dotar de un cierto estatuto a determinados cursos lo que llevaría consigo que solo ellos podrían gozar de la máxima consideración (o incluso de consideración) a la hora de la provisión de puestos de trabajo. Un cierto orden en este caótico mundo es más que necesario, y la “homologación” realizada a título individual por las Administraciones, a parte de ser un elemento de seguridad jurídica para los propios funcionarios concursantes, servirá para estimular a los organizadores de cursos para que ofrezcan una mercancía que, realmente, responda a las demandas de las propias Administraciones.

**11) La necesidad de no olvidar el necesario campo de actuación política en la Administración pública y la consiguiente posibilidad de dirección política de la Administración. La justificación del principio de libre designación y su relación con el principio democrático.**

Que en los procesos de provisión de puestos de trabajo pueden ocurrir errores o, incluso, arbitrariedades parece obvio. En esos procesos como, en general, en cualquier actuación de las Administraciones públicas. Para remediar esos errores o arbitrariedades existe la garantía del recurso administrativo y judicial a algunas de cuyas particularidades, por cierto, me he de referir en el último punto de este trabajo. Pero la posibilidad de las equivocaciones no puede llevar, como ha sucedido en muchas ocasiones en el pasado, a la reacción contraria y visceral de intentar reducir al máximo la posible discrecionalidad de la Administración en la provisión de puestos de trabajo y a llevar al concurso lo que deberían ser supuestos de libre designación o, incluso, a trasladar al ámbito de la Administración lo que debería quedar puramente en el caso de la política.

Ejemplo palmario de lo que indico fue lo sucedido en el momento de la redacción de varios Estatutos de Autonomía cuando por influencia de los Pactos de la Moncloa (31 de julio de 1981) se indicó que el nombramiento de Director General de la Administración autonómica respectiva, debía ser reservado a quienes fueran funcionarios públicos (vid. como ejemplo el art. 44.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón), cual si la carrera funcional acabara, entonces, en las Comunidades Autónomas en el puesto de Director General. La consecuencia ha sido una petrificación enorme del juego político y, en muchos supuestos, una desvirtuación práctica de la importancia del órgano de que se trata, pues las Leyes de Funcionarios de las Comunidades Autónomas han reaccionado -de la forma que mejor han sabido- contra esa exigencia flexibilizando los requisitos de nombramiento y disponiendo, lógicamente, que cualquier funcionario -incluso un grupo E- podía optar al puesto que, paradójicamente, el Estatuto de Autonomía ponía como cabeza de la función

pública, cúspide de la carrera funcional (cfr., por ejemplo, el art. 32 del Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, de la Diputación General de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón).

Los excesos cometidos en un momento determinado no pueden llevar el péndulo de la reacción a un exceso justo en la dirección contraria y que, como tal exceso, debe igualmente ser condebnble. No debe olvidarse, ni por un momento, que al lado de las exigencias de respeto a la legalidad y de imparcialidad en el funcionamiento de la Administración pública, nuestro sistema constitucional se basa en un principio democrático que postula una dirección efectiva de la Administración pública por parte del Gobierno (cfr. art. 97 CE para el Gobierno de la Nación, pero lo mismo vale con otras citas legales para los Gobiernos de las Comunidades Autónomas y los Gobiernos locales).

La realización efectiva del principio democrático, la plasmación de los valores votados por los ciudadanos en los correspondientes procesos electorales exigen que exista una capa política de dirección de la Administración que no tenga por qué ser cubierta necesariamente mediante funcionarios y que, igualmente, los puestos de relevante dirección de la Administración pública o propios de una relación de confianza (asesores, secretarías de altos cargos) dentro de la cadena funcional, se cubran mediante un sistema de libre designación.

Y, repito, ello no como consecuencia de un execrable principio del “spoilsystem” sino, al contrario, como realización del principio democrático y, por tanto, exigencia constitucional. No viene mal recordar en este momento cómo uno de los cambios no normativos más trascendentes sucedido en la función pública británica -de siempre un modelo de profesionalidad- ha sido en el próximo pasado la intervención directa de la primera ministro sra. Thatcher, en el nombramiento de todos los altos cargos ministeriales, algo que el derecho concedía al primer ministro pero que usualmente no se llevaba a cabo. La intervención, como ha destacado quien ha analizado magníficamente la estructura de la función pública inglesa, se ha realizado siempre bajo el principio de favorecer a los candidatos que aseguraran “una enérgica puesta en práctica de la política que el gobierno desea ver aplicada” y que al tiempo tuvieran “probada cualidad de gestores” (cfr. F. F. RIDLEY, “La carrera administrativa en Gran Bretaña”, en Documentación Administrativa, nº 210-211, 1987, pág. 493 y ss.), valores que uno suscribiría inmediatamente para el nombramiento de cualquier gestor de cualquier Administración pública. Desconozco, porque no creo que existan datos estadísticos fiables, si la política del nuevo primer Ministro, continúa orientada en esta dirección.

Bajo estas premisas se comprenderá que no pueda tener un juicio peyorativo acerca del contenido de parte de la disposición adicional octava de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, que indica que “con carácter excepcional, y en los términos que se determinen

reglamentariamente, podrán ser cubiertos mediante el sistema de libre designación con habilitados de carácter nacional, aquellos puestos a ellos reservados de nivel 30 de complemento de destino, en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad y en función del volumen de población o presupuesto de las Entidades Locales". La frase es lo suficientemente precisa y prudente para, esperando al desarrollo reglamentario, configurar un sistema en el que la libre designación se reserve para puestos claves del organigrama municipal o local semejantes a lo que puedan entenderse como puestos directivos -y, por tanto, también vinculados al sistema de libre designación- en el Estado y en las Comunidades Autónomas.

**12) La posición fundamental de los Sindicatos en el proceso de selección y provisión de puestos de trabajo. El peligro de reducir su intervención a un mero papel defensor de intereses gremiales. La prueba de fuego del sistema: la realidad efectiva de la previsión de la remoción de un puesto de trabajo.**

En todas las Administraciones públicas y en virtud de lo que disponen las respectivas Leyes, los Sindicatos de funcionarios son incorporados a las Comisiones u órganos de selección y de provisión de puestos de trabajo. Los Sindicatos aparecen, pues, en una posición esencial en los procedimientos a que me refiero en este trabajo, en cuanto tienen la capacidad de participar en todo tipo de proceso de selección de personal o de ubicación del mismo en el correspondiente organigrama. Ningún órgano o Administración pública como tal, podrá disponer en la teoría de un poder de intervención semejante al concedido a los Sindicatos.

Ello lleva consigo una reflexión elemental: de ese poder debe usarse responsablemente y, yo añadiría más, debe usarse en una dirección coincidente con los principios constitucionales repetidamente destacados en este trabajo de acceso a la función pública y que son, insisto, los principios de mérito y capacidad aportados en un plano de igualdad en un procedimiento transparente. Acceso en esas condiciones, además, para configurar una Administración eficaz, servicial, defensora imparcial de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos.

Esto, que son valores constitucionales, deben informar por supuesto la actividad de las Administraciones públicas a la hora del nombramiento de los miembros de las Comisiones, pero deben ser igualmente valores de quienes, per se, pertenecen a estas Comisiones al margen de cualquier nombramiento concreto. Que los Sindicatos se definan por el carácter representativo de sus afiliados, y, por tanto, defensor de sus intereses, no debe llevar a la conclusión, en ningún momento, que su participación en las Comisiones deba estar orientada exclusivamente por esa misma defensa del afiliado esta vez interino, o del afiliado contratado, o del afiliado aspirante a ingresar en la Administración pública... Si así se hiciera, pienso, se estaría desvirtuando el

sentido de su participación en las Comisiones y los mismos valores constitucionales que todos, y por supuesto también los Sindicatos, debemos defender.

Al margen de ello -pero muy relacionado, en el fondo, con el tema tratado-, querría destacar aquí que la verdadera piedra de toque del funcionamiento del sistema estribará en que, efectivamente, de la misma forma que existan procesos de provisión de puestos de trabajo, se contemple con serenidad y perteneciente al orden normal de los sucesos acontecidos en una organización pública, la remoción de un puesto de trabajo en los supuestos de “falta de capacidad para su desempeño manifestada por rendimiento insuficiente, que no comporte inhibición y que impida realizar con eficacia las afunciones atribuidas al puesto [art. 21.1.e) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto]. El tipo está suficientemente descrito legalmente, la garantía de la misma forma goza de todas las presunciones a su favor pues hace falta para la aplicación de la remoción un expediente contradictorio mediante resolución motivada y que sea oída “la Junta de Personal correspondiente” (en donde se encuentran, obviamente, representados los Sindicatos). No tengo noticias fehacientes de la aplicación práctica del principio pero, insisto, en la normalidad de la previsión normativa y en lo que debería ser normalidad, también, de su aplicación en su caso para que todo el ordenamiento jurídico de la provisión de puestos de trabajo fuera, además de serio, creíble.

**13) El control judicial de la actuación administrativa como garantía esencial del funcionamiento del sistema conforme al ordenamiento jurídico. La necesidad ineludible de que los Jueces y Tribunales no sustituyan el papel de la Administración.**

Por último y como en todo el funcionamiento del Estado de Derecho que dibuja nuestra Constitución (cfr. art. 1 de la CE), la actuación de la Administración pública está sometida al control de los Tribunales (art. 106 CE) que, en este caso, son los pertenecientes al orden contencioso-administrativo (art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Lo que es una previsión general, cuenta entre nosotros con múltiples aplicaciones, pues es más que rutinario el sometimiento de múltiples procesos de selección o provisión de puestos de trabajo al control de los Tribunales e, incluso, y mediante la formulación del recurso de amparo cuando este es admisible, al control del Tribunal Constitucional.

Sobre este control sigue siendo válida la concepción jurisprudencial tradicional que limita el ámbito del mismo a la verificación del seguimiento del procedimiento previsto legalmente y a la corrección de los casos más groseros de arbitrariedad. Validez de la expresión “discrecionalidad técnica” que significa que la actuación de los Tribunales en cuanto al fondo del asunto no puede tener nunca la virtualidad de sustituir los criterios técnicos utilizados por los órganos técnicos también como son las Comisiones de selección o de

provisión de puestos de trabajo. Repitamos dicha doctrina en las palabras de una reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1992 (Actualidad Administrativa nº 524, Pte. Sr. Trillo Torres):

“Siendo el instrumento de conocimiento que utilizan los órganos jurisdiccionales la técnica jurídica, su facultad de intervenir en las decisiones de las Comisiones o Tribunales calificadoros es plena cuando han infringido o inaplicado normas en las que todos los elementos son reglados, como pueden ser las de procedimiento o las que regulan determinadas titulaciones, de modo que valoradas éstas expresamente en el baremo, solo quien las ostente conforme a su régimen específico puede recibir la puntuación correspondiente a las mismas. Pero caso bien distinto es el de aquellas partes del baremo en las que los méritos no tienen una referencia normativa estricta, sino que su grado de valoración se encomienda al órgano calificador, dentro de unos límites prefijados. Es aquí donde la discrecionalidad técnica despliega toda su eficacia, en el sentido de que la jurisdicción no puede sustituir el criterio de la Administración por el simple hecho de que considere que hubo una defectuosa evaluación del mérito de que se trate, puesto que si así fuere tendríamos que llegar a la conclusión de que su capacidad para enjuiciar lo sometido a la discrecionalidad técnica fuese igual a la del órgano especialmente encargado de apreciarla (...) la disconformidad con el criterio de aquéllas (Comisiones) sólo puede producirse cuando resulta manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evidentes el desconocimiento de los principios de igualdad y de mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas consagradas en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución”.

La validez de esta doctrina resulta necesaria para poder defender el ámbito de actuación de las Comisiones como, igualmente, para preservar a los Tribunales de adoptar decisiones para las que no están capacitados y que, por falta de esa capacidad, les harían incurrir probablemente en el mismo tipo de errores que, desde otro punto de vista, trataban de evitar. Todo lo cual no significa que exista un déficit de protección judicial sino, muy al contrario, que la protección judicial juega allí donde la formalización del procedimiento y las claras reglas jurídicas a aplicar forman un parámetro de legalidad que está a la disposición de los Tribunales sin género de dudas. En cualquier caso, técnicas como la desviación de poder siguen pudiendo ser aplicadas por los Tribunales para el control de la Administración y, como demuestra la consulta a la reciente jurisprudencia en este ámbito, es una técnica que dentro de sus naturales limitaciones sigue aportando caminos importantes de actuación a la jurisdicción ordinaria para el control de la actuación de la Administración Pública (vid., así, la reciente sentencia del Tribunal Supremo en la que se estima el vicio de desviación de poder en un procedimiento de provisión de puestos de trabajo, de 14 de febrero de 1992, Actualidad Administrativa 505, Pte. Sr. Murillo Martín).