

UNA VÍA DE “CASACIÓN” EN EL CONTENCIOSO DE PERSONAL: EL DERECHO DE ACCESO A CARGOS PÚBLICOS EN CONDICIONES DE IGUALDAD Y EL CONTROL EN SEDE CONSTITUCIONAL DE LA DISCRECIONALIDAD REGLAMENTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN (COMENTARIO A LA STC 48/1998, DE 2 DE MARZO DE 1998)

CARMEN CAMBA CONSTENLA

SUMARIO: — I. INTRODUCCIÓN. — II. LA EXCLUSIÓN DEL SUPUESTO CONSIDERADO, COMO CUESTIÓN DE PERSONAL, DEL RECURSO DE CASACIÓN: 1. La determinación del alcance de las “cuestiones de personal”. 2. El significado de la exclusión de las cuestiones de personal del acceso al recurso de casación. — III. UNA POSIBLE VÍA DE SOLUCIÓN: LA RPT COMO CUESTIÓN ORGANIZATIVA Y NO COMO CUESTIÓN DE PERSONAL. — IV. LA EXCLUSIÓN DEL SUPUESTO CONSIDERADO DE LA VÍA DE IMPUGNACIÓN INDIRECTA CONTRA REGLAMENTOS: 1. El problema derivado de la calificación jurídica de la RPT. 2. El problema derivado de la impugnación exclusiva de normativa autonómica. — V. UNA POSIBLE VÍA DE SOLUCIÓN: LA CLÁUSULA GENERAL DEL ARTÍCULO 5.4º DE LA LOPJ. — VI. LA DOBLE SIGNIFICACIÓN DE LA STC 48/1998: a) Significación en el plano procesal: consideraciones en torno al derecho a la tutela judicial efectiva. 1. La doble significación en el plano material: A) El derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad como instrumento de control constitucional de la discrecionalidad reglamentaria en la fijación de condiciones de acceso. B) El control constitucional de la discrecionalidad administrativa en el ejercicio de su potestad organizativa. — VII. CONCLUSIONES.

I.— INTRODUCCIÓN

La reciente sentencia del Tribunal Constitucional 48/1998, de 2 de marzo, resolviendo el recurso de amparo núm. 2.712/95 interpuesto contra la Sentencia núm. 431, de 24 de junio de 1995, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, acaba de poner de nuevo sobre la mesa el tema de la complicada fiscalización en sede jurisdiccional de una serie de actos que las administraciones públicas dictan en uso de su facultad organizativa y que, amparados en causas de exclusión

diversas, se ven protegidos *de facto* por esa situación que no me atrevo a calificar en modo alguno como de ausencia absoluta de control, pero sí de dificultoso control.

Me refiero a aquellos actos de las administraciones públicas, que por su contenido material caen dentro del concepto de "cuestiones de personal" en sentido amplio como luego tendré ocasión de examinar, materia excluida en bloque de casación; por su orientación teleológica participan de la naturaleza de las cuestiones organizativas y como tales quieren ampararse en la discrecionalidad reglamentaria de la Administración; y por su vestidura formal se quieren presentar como simples actos de reproducción de otros que los anteceden. Cada uno de estos elementos definidores implican una línea de obstáculos diferentes a salvar en orden a su fiscalización por los tribunales en los distintos niveles en que dicho control se ejerce: desde el recurso contencioso ordinario hasta el recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

La reciente sentencia del Tribunal Constitucional que es objeto de estudio en este momento tiene la virtualidad de señalar con mano diestra hasta dónde esos obstáculos son razonablemente posibles y de efectuar ella misma una corrección en el plano sustantivo señalando los límites de la discrecionalidad de la Administración en el caso concreto, todo ello sin terciar en la polémica acerca de la naturaleza jurídica del instrumento normativo cuya validez enjuicia.

Un breve resumen de los hechos que fundamentan este recurso de amparo nos permite observar que: el Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales de la Diputación General de Aragón había convocado, por Orden de 3 de marzo de 1992, la provisión por el sistema de libre designación del puesto de Secretario del Servicio Aragonés de Salud, convocatoria de la que se excluía a sanitarios, investigadores y docentes. Dicha exclusión traía causa – indirecta – de la Relación de Puestos de Trabajo (en adelante RPT) de la Diputación General de Aragón, de 1 de agosto de 1991 en la cual se consignaba el código "Ex-11" que, según el Anexo I del Decreto 34/1990, de 3 de abril, sobre normas aplicables a las RPT, significa la exclusión de las mencionadas categorías profesionales. El interesado, entendiendo que dicha exclusión era contraria, por discriminatoria, al art. 23.2º de la Constitución (derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad), recurrió la mencionada convocatoria en vía administrativa, recurso que le fue desestimado a través de Resolución de 6 de abril de 1992. Contra dicha resolución desestimatoria interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón el cual lo inadmitió *a limine*, con base en el art. 82 c) – en relación con el 40 a) – de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA) y en aplicación de la doctrina del acto firme y consentido, por entender que la convocatoria no era más que un acto de reproducción de

la RPT que, no habiendo sido impugnada en su día, habría ganado firmeza y no sería susceptible de impugnación en este momento.

Llegado este punto, el ahora recurrente en amparo fundó su demanda de amparo en una triple vulneración de derechos: el derecho a la tutela judicial efectiva, que habría sido vulnerado como consecuencia de la inadmisibilidad de la demanda por el TSJ de Aragón; el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, en razón de la tardanza en resolver por parte de este mismo Tribunal; y el derecho a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad, que se vería infringido como consecuencia de la exclusión de la convocatoria de las categorías profesionales ya mencionadas.

Como quiera que la paralización del proceso durante más de catorce meses quedó subsanada nueve días después de que el demandante denunciase la mora y que para la eventual reclamación de daños y perjuicios no necesitaría éste de un pronunciamiento al respecto del TC, el Alto Tribunal entendió improcedente la pretensión de amparo por tal motivo, de modo que la cuestión quedó circunscrita a los otros dos extremos controvertidos. En este trabajo examinaremos la doctrina constitucional a propósito de los mismos. Previamente es necesario hacer un repaso somero de la situación actual del sistema de recursos en materia de personal para ver cuáles son las posibilidades de impugnación que quedan abiertas a este tipo de reclamaciones y en particular al supuesto que es objeto de la sentencia que analizamos.

II. – LA EXCLUSIÓN DEL SUPUESTO CONSIDERADO, COMO CUESTIÓN DE PERSONAL, DEL RECURSO DE CASACIÓN

De todos es conocido que el art. 93.2º a) de la LJCA, en la nueva redacción que le ha conferido la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal¹, excluye del recurso de casación ante el Tribunal Supremo las sentencias de la Audiencia Nacional y las dictadas en única instancia por los TSJ de las Comunidades Autónomas cuando se refieran a cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública, salvo que, estrictamente, afecten a la extinción de la relación de servicio de los que ya tuvieren la condición de funcionarios públicos. Antes de entrar en el análisis del significado de esta exclusión procede examinar, si quiera de modo breve, la delimitación que jurisprudencial y doctrinalmente se ha hecho de lo que debe entenderse por "cuestiones de personal".

¹ Art. 7º.

1.— La determinación del alcance de las “cuestiones de personal”

La LJCA utiliza de modo reiterado la expresión “cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas”² pero no sólo no ofrece una definición de lo que deba entenderse por tales sino que si observamos los distintos vínculos jurídicos que pueden ligar a las personas que prestan sus servicios a la Administración Pública, vemos que las posibilidades son muchas y que el universo conceptual al que pueden servir de cobertura las mencionadas “cuestiones” es muy extenso.

Es por ello necesario echar mano de la definición jurisprudencial que, partiendo de definiciones muy genéricas como “*incidencias y vicisitudes referidas a los funcionarios públicos respecto de la relación funcional*”³, y dada la enorme casuística, se ha ido elaborando de manera descriptiva y así tenemos que constatar en primer lugar que las “cuestiones de personal” no son solamente las cuestiones que afectan a los funcionarios públicos sino también al personal ligado por otro tipo de vínculos a la Administración⁴. Otra extensión se ha operado en el sentido de incluir también cuestiones que son previas a la relación de servicio, como las cuestiones relativas a convocatorias, resoluciones de concursos, etc., como presupuestos previos al nacimiento de la relación⁵. Además, y precisamente a los efectos de la inadmisibilidad del recurso de casación, el Tribunal Supremo ha incluido las cuestiones de personal al servicio de particulares, entendiendo por tales aquéllas que se refieran a pretensiones frente a actos en que se concreta la intervención administrativa en las relaciones laborales⁶.

Como conclusión podemos decir que se trata de una noción de contornos imprecisos, pero lo que en todo caso se trasluce es que la tendencia es a la integración dentro de la misma de todas aquéllas circunstancias y vicisitudes, aún las previas al establecimiento de la mencionada relación de servicio.

2.— El significado de la exclusión de las cuestiones de personal del acceso al recurso de casación

Esta exclusión, heredera de la anterior exclusión de estas mismas materias del recurso de apelación, ha sido muy criticada por dos órdenes de moti-

2. Arts. 93.2ºb), 113.1º ó 130.2ºb).

3. STC 35/90 y, en el mismo sentido, ATS de 25 de octubre de 1995.

4. Auto del TS de 28 de enero de 1994.

5. AATS de 1 de junio de 1993, 1 de marzo de 1994 o 15 de diciembre de 1995.

6. STS de 18 de mayo de 1989. Esta jurisprudencia fue sentada a propósito del antiguo recurso de apelación que se recogía en la LJCA antes de la reforma por la Ley 10/1992, pero es perfectamente trasladable al actual recurso de casación que lo sustituyó.

vos. Por un lado se ha argumentado que supone una quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva porque elimina, al menos parcialmente ya que lo deja reducido a la instancia, el *ius litigatoris* que incorpora todo recurso. Tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional han contestado a esta cuestión diciendo que el derecho a la doble instancia no está incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva, a excepción del orden penal, salvo que una Ley lo prevea expresamente (vid. a título de ejemplo: AATS de 7 de julio de 1993 y de 7 de marzo de 1994 y SSTC 140/85, 109/87, 37/88, 157/89, 171/91, 255/93, 294/94, 37/95 o 58/95). De otro lado se ha cuestionado si la exclusión que estudiamos no significa una vulneración del principio de igualdad ya que es posible, habida cuenta del reparto territorial de la función jurisdiccional, que hechos idénticos sean resueltos de modo distinto y aún contradictorio por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, sin que quepa tampoco acudir al recurso de casación para unificación de la doctrina (art. 102-a.2 de la LJCA). A esta cuestión el Tribunal Supremo ha respondido que, en aplicación de la doctrina constitucional el criterio de igualdad en la aplicación de la ley debe ser referido a un mismo órgano, por lo que no puede jugar referido a los hipotéticos diversos modos de aplicación por órganos distintos (SSTC 126/88, 185/88, 161/89 y 2/90 así como AATS de 18 de octubre de 1994, 2 de marzo de 1995, 2 de junio de 1995 y 7 de noviembre de 1995)⁷. Todo ello sin perjuicio de que con carácter general se afirme que la finalidad principal del recurso de casación es precisamente la de uniformar la jurisprudencia en aras tanto de la seguridad jurídica como de la defensa de la igualdad en la aplicación de la ley como exige el mandato constitucional (ATS de 13 de abril de 1993). Parece que al menos a nivel eidético hay una cierta contradicción en reconocer que esta vía de recurso es funcional en orden a la garantía de la igualdad en la aplicación de la ley y al mismo tiempo admitir que la igualdad no quiebra por una aplicación desigual de la ley.

Pese a estas precisiones jurisprudenciales la doctrina critica esta exclusión al entender que la pluralidad de Tribunales Superiores de Justicia con varias Secciones en sus Salas, a los que hay que unir las diversas Secciones de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, todos ellos conociendo en única instancia las cuestiones de personal sin posibilidad de instancia revisora, comporta un alto grado de inseguridad jurídica y propicia el reconocimiento jurisdiccional de derechos en ciertas partes del territorio na-

7. El Tribunal Supremo en el último de los autos citados entiende que la unificación de la doctrina jurisprudencial en la aplicación de la ley es una cuestión que no tiene que ver con el principio de igualdad sino con la seguridad jurídica y que, a estos efectos, las cuestiones de personal tienen expedita la vía del recurso de casación en interés de la Ley, de acuerdo con el artículo 102-b de la Ley Jurisdiccional.

cional y su denegación en otras⁸, riesgo que sólo puede obviarse mediante la creencia, a modo de fe del carbonero, en la independencia de jueces y tribunales.

No debería olvidarse que la seguridad jurídica es también un derecho constitucional a defender, aunque no sea objeto de protección por la vía del amparo ante el Tribunal Constitucional y que si bien es cierto que, como ha recordado el Tribunal Supremo (ATS de 7 de noviembre de 1995), a estas cuestiones les queda abierta la vía del recurso de casación en interés de la Ley, dicho recurso sólo puede ser interpuesto por el Abogado del Estado o las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y que tuviesen interés legítimo en el asunto, no es ésta una vía adecuada para la satisfacción del derecho individual del litigante.

III. — UNA POSIBLE VÍA DE SOLUCIÓN: LA RPT COMO CUESTIÓN ORGANIZATIVA Y NO COMO CUESTIÓN DE PERSONAL

Es claro que la RPT es un instrumento central en la organización del personal de las administraciones públicas y que su precedente orgánico son las antiguas plantillas orgánicas de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, pero no es tan claro que sea tan sólo eso pues, pese a la dicción literal del artículo 15 de la LMRFP, dicho instrumento no se ocupa únicamente de la ordenación del personal en sentido subjetivo sino que opera una ordenación conjunta de los puestos de trabajo de una unidad administrativa con una determinación de las características cualitativas y cuantitativas esenciales de los mismos, los cuales se crean, modifican y extinguen a través de ella.

Ya ha sido puesto de manifiesto cómo la LMRFP configuró a las RPT como el instrumento fundamental de la planificación de la estructura organizativa de la Administración, y para ello les reservó unas funciones decisivas tanto para la promoción profesional de los funcionarios como para la definición del propio sistema de empleo público. Además, a través de las RPT se atribuyen funciones concretas a los Cuerpos y Escalas⁹.

8. Vid. en este sentido S. ROSADO PACHECO, *El proceso de personal en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1997; pp. 115 y ss.

9. E. MOREU CARBONELL, *Las Relaciones de Puestos de Trabajo en el proceso de reforma de las Administraciones Públicas*, Revista de Administración Pública, nº 144, 1997; pp. 391 a 435.

La RPT no se limita a relacionar los puestos que existen en un momento determinado en la organización sino que responde a criterios de racionalidad y adecuación a las necesidades reales de los servicios y, en esa medida, actúa como instrumento de planificación¹⁰.

Se trata de la reunión en un sólo documento de los rasgos más distintivos de cada uno de los puestos existentes en la organización administrativa, de modo que quedan ordenados y ordenan a su vez las sucesivas provisiones por los funcionarios adecuados a los mismos¹¹. Se ha dicho que la Ley no utiliza aquí con rigor el término "personal", porque dichas relaciones, más que del personal, de lo que se ocupan es de la ordenación y racionalización de esas unidades básicas de la estructura administrativa que son los puestos de trabajo¹², y que no se trata de ordenación del personal en sentido subjetivo, sino de la ordenación conjunta de los puestos de trabajo de una administración de modo que se reflejen las necesidades de personal¹³, siendo a través de esa ordenación conjunta que se crean, se modifican o se suprimen los puestos y se determinan sus características esenciales¹⁴.

Estas precisiones cobran una significación particular como propuesta de vía de salida al problema que nos ocupa ya que como cuestión organizativa no ofrece lugar a dudas ni su impugnabilidad indirecta como reglamentos¹⁵ ni la procedencia del recurso de casación en las condiciones generales que establecen los artículos 93 y 94 de la LJCA. Esta tesis ha sido avalada tras la promulgación de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado¹⁶ que define las unidades administrativas como "los elementos or-

10. J. ALDOMÀ I BUIXADÉ, *Les Relacions de Llocs de Treball de les Administracions Públiques*, Barcelona, 1996; pp. 58 y ss. También R. PARADA VÁZQUEZ destaca el papel organizativo de las RPT, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 7ª edic., Madrid 1993; p. 445.

11. L. M. ARROYO YANES, *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Valencia, 1994; p. 399.

12. R. DE VICENTE DOMINGO, *El puesto de trabajo en el Derecho de la Función Pública*, Valencia, 1997; p. 46.

13. Vid. en el mismo sentido, E. MOREU CARBONELL, op. cit.

14. J. ALDOMÀ I BUIXADÉ, *Les Relacions*, op. et loc. cit.

15. Más allá de la polémica distinción entre reglamentos jurídicos y reglamentos administrativos, entiendo que el hecho de que en el ámbito organizativo los efectos de los reglamentos sean restringidos al ámbito interno de la Administración no significa que vivan al margen de toda ley de habilitación y que su validez sea autoreferente. El TC ha advertido que todo reglamento organizativo halla su fundamento último en una norma legal o constitucional (SSTC 18/1982, de 4 de mayo y 360/1993, de 3 de diciembre). Vid. J.M. BAÑO LEÓN, *Límites constitucionales a la potestad reglamentaria*, Madrid, 1991.

16. Ley 6/1997, de 14 de abril.

ganizativos básicos de las estructuras orgánicas” y dice que estarán formados por “puestos de trabajo o dotaciones de plantilla vinculados funcionalmente por razón de sus cometidos y orgánicamente por una jefatura común”. Las unidades se construyen mediante las RPT y aquéllas que no tengan la consideración de órganos se crean, modifican y suprimen a través de este mismo instrumento¹⁷.

IV.— LA EXCLUSIÓN DEL SUPUESTO CONSIDERADO DE LA VÍA DE IMPUGNACIÓN INDIRECTA CONTRA REGLAMENTOS

La lectura conjunta de los artículos 39.2º y 4º y 93.3º de la LJCA nos ilustra acerca de la posibilidad de que, al tiempo que se impugna un acto administrativo de aplicación de una disposición de carácter general de la Administración del Estado, las Entidades Locales y las Corporaciones e Instituciones Públicas, se impugne la propia disposición general de que trae causa por considerarla no conforme a Derecho y de que, frente a las sentencias recaídas en la resolución de estos recursos se pueda interponer, en todo caso, recurso de casación.

Para el caso concreto del supuesto que nos ocupa, los obstáculos a franquear vienen no sólo de la calificación de la pretensión como una cuestión de personal, sino también del hecho de la entrada en juego de un ordenamiento autonómico. Vamos a estudiar separadamente cada uno de estos obstáculos.

1.— El problema derivado de la calificación jurídica de la RPT

Según el art. 15 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública (en adelante LMRFP)¹⁸ “las relaciones de puestos de trabajo son el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios, y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto”.

Más allá de estas precisiones de orden material, la naturaleza jurídica de las RPT es objeto de constante debate y polémica en la doctrina. La jurisprudencia por su parte tampoco es uniforme. No es éste el lugar para hacer un estudio detallado de las posiciones encontradas ni mucho menos para terciar en el debate. Se trata simplemente de exponer las líneas argumentales básicas con

17. Así resulta de la lectura conjunta de los artículos 7 y 10 de dicha norma.

18. Ley 30/1984, de 2 de agosto.

intención instrumental para la exposición del tema que nos ocupa. Vaya por delante que el Tribunal Constitucional en la sentencia que es objeto de este comentario ha declinado entrar en esta polémica por no considerarlo necesario para el enjuiciamiento del fondo de la cuestión¹⁹.

Las posturas son básicamente dos: la que entiende que las RPT son simples actos administrativos con destinatario múltiple y la que entiende que se trata de verdaderas disposiciones generales de rango reglamentario²⁰.

Es obvio que la caracterización de las RPT como actos administrativos o como normas es trascendente en orden a la determinación del cauce procesal adecuado para su impugnación: si se las considera como actos administrativos contra ellas cabe recurso directo y una vez transcurrido el plazo para interponerlo sin que nadie las impugne devienen firmes sin que luego se pueda interponer dicho recurso contra actos que lo sean de simple reproducción de las mismas; en tanto que si se las considera como reglamentos la norma general es que cabe la impugnación indirecta²¹ a raíz de la impugnación de todos y cada uno de sus actos de aplicación — la convocatoria en el caso que es objeto de examen —.

Quienes entienden que las RPT son actos administrativos con destinatario plural lo argumentan diciendo que no tienen capacidad para innovar el ordenamiento jurídico, no pasan a integrarlo ni a regular situaciones con carácter de permanencia ya que no contienen prescripciones relativas a las competencias o funciones a desempeñar²², ni inciden en la normación general de las condiciones laborales de los funcionarios, sino que se limitan a enumerar y

19. F.J. 3º: “...no nos corresponde enjuiciar si las relaciones de puestos de trabajo, a los efectos de la doctrina del acto firme y consentido y por su relación con el art. 24.1º C.E., han de ser consideradas como disposiciones de carácter normativo o como meros actos administrativos”.

20. No vamos a entrar ahora, por no ser éste el lugar adecuado y por ser de todos conocidos, en la exposición de los criterios de distinción entre acto y reglamento. Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, 1997; pp. 173 y ss. El estudio de este tema en referencia específica a las RPT ha sido hecho por J. ALDOMÀ I BUIXADÉ, *op. cit.*, pp. 90 a 103. El criterio seguido por estos autores, y mayoritariamente por la doctrina, es el ordinamental o de innovación del ordenamiento jurídico, también seguido mayoritariamente por la jurisprudencia (vid. SSTS de 12 de junio de 1978, 20 de mayo de 1981, 22 de octubre de 1984, 18 de diciembre de 1985, 21 de marzo de 1986 o 19 de enero de 1987, por citar sólo algunas).

21. Es doctrina jurisprudencia constante que el recurso queda limitado no obstante a los casos de infracciones sustantivas y no meramente procesales (SSTS de 20 de enero de 1989, 28 de septiembre de 1994 o de 16 de junio de 1997).

22. Vid. en esta línea J. FONDEVILA ANTOLÍN, *Nuevos aspectos sobre la naturaleza de las estructuras orgánicas y relaciones de puestos de trabajo: jurisprudencia reciente*, Revista Vasca de Administración Pública, nº 28, 1990; pp. 61 a 85.

singularizar los puestos de trabajo, a encuadrarlos burocráticamente, de forma que lo único que operan es una concreción de las prescripciones generales que se contienen en la legislación vigente en cada momento²³. Esta línea doctrinal es minoritaria aunque ha sido seguida por algunos pronunciamientos jurisprudenciales, especialmente en los Tribunales superiores de Justicia²⁴.

Frente a esta tesis está la de quienes sostienen que las RPT son verdaderas disposiciones generales, normas reglamentarias dictadas por la Administración en uso de su facultad de autoorganización: el dato de permanencia es claro, y respecto de su carácter innovador del ordenamiento la finalidad de las RPT es precisamente desplegar sus efectos inmediatamente sobre un sector de la realidad burocrática incidiendo de modo directo sobre la articulación concreta de las relaciones jurídicas funcionariales, relaciones que dependen en gran medida del modo en que aparecen configurados los puestos de trabajo en las RPT, conformando así el último eslabón en la cadena normativa con incidencia efectiva sobre la multitud de puestos existentes²⁵. Sería ese carácter ordenador y racionalizador de las estructuras administrativas y de los puestos de trabajo que integran sus organigramas lo que justificaría su pertenencia al ámbito de lo reglamentario²⁶.

También en la jurisprudencia ésta es la tesis defendida mayoritariamente tanto por el Tribunal Supremo²⁷ como por el Constitucional²⁸, con la importante consecuencia de que, tal como indicábamos más arriba, pueden ser im-

23. *Ibidem*, pp. 75 a 77.

24. Sirvan como ejemplo la Sentencia del TSJ del País Vasco de 14 de mayo de 1992, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete de 9 de julio de 1988, la Sentencia del TSJ de Cantabria de 16 de julio de 1990 y, del mismo Tribunal, la sentencia de 29 de octubre de 1992. El TS ha sostenido esta tesis en sus sentencias de 12 de noviembre de 1986, de 12 de julio de 1988 o de 28 de diciembre de 1990.

25. L.M. ARROYO YANES, *op. cit.*, p. 406.

26. También sostienen esta tesis, entre otros, J. ALDOMÀ I BUIXADÉ, *op. cit.*, p. 90 y ss., E. MOREU CARBONELL, *op. cit.*, p. 416, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública*, Madrid, 1996; p. 107 o R. DE VICENTE DOMINGO, *op. et loc. cit.*

27. SSTS de 14 y 26 de diciembre de 1990, 5 de febrero de 1991, 14 de mayo de 1991, 10 de marzo de 1993, 14 de julio de 1993, 20 de septiembre de 1993, 30 de noviembre de 1993, 28 de noviembre de 1994, 25 de abril de 1995 o 30 de septiembre de 1996. En el mismo sentido el Auto del TS de 12 de mayo de 1997. Por su parte la STS de 17 de mayo de 1993 hace extensible a las RPT la regla de la inderogabilidad singular de los reglamentos. En la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia encontramos la misma toma de posición en las SSTJ de Asturias de 17 de abril de 1991 y de Murcia, de 30 de julio de 1994.

28. STC 55/1995.

pugnadas con ocasión de la impugnación de los actos de aplicación de las mismas²⁹.

No deja de sorprender, por lo demás, una tercera caracterización que ocasionalmente ha hecho el Tribunal Supremo de estos instrumentos como una especie de *tertium genus* o de categoría a medio camino entre el acto administrativo con destinatario plural y el reglamento³⁰. Se trata de un recurso pragmático, el Tribunal obvia toda argumentación ontológica y procede a una ponderación de intereses en presencia en el caso concreto. No convence esta "tercera vía", terreno de vaguedad e imprecisión, que el Tribunal parece querer esbozar sin dotarla de consistencia.

Aceptado que, según jurisprudencia mayoritaria, las RPT son actos de contenido normativo o reglamentario, la siguiente cuestión a plantearse es la de saber si juega respecto de ellas la cláusula de exclusión por razón de la materia, cuestiones de personal, que las dejaría fuera de los supuestos de acceso al recurso de casación. El Tribunal Supremo ha sido en este sentido explícito y, entendiéndolo que la dicción literal de la LJCA era omnicompreensiva³¹, se ha pronunciado repetidamente en favor de la no exclusión³².

29. Vid las SSTS de 5 de febrero de 1991 o de 20 de abril de 1993.

30. Así la STS de 20 de septiembre de 1988 las denomina "elementos normativos desgajados", unidad jurídica intermedia entre el acto y la norma. En el mismo sentido la STS de 25 de febrero de 1994 dictada en recurso extraordinario de revisión para unificación de doctrina jurisprudencial. Por su parte la STS de 29 de noviembre de 1994 afirma que "la aprobación de un catálogo de puestos de trabajo que afecta a grupos de funcionarios numerosos con modificaciones importantes en cuanto a la asignación de los complementos de destino y específico puede considerarse como *filo de la balanza* entre ambas calificaciones, lo cual precisamente por eso impide pronunciarse de modo tajante en favor de una u otra decisión sin más" (F.J.4º). La cursiva es mía.

La confusión entre catálogos y RPT es, por lo demás, tradicional y habitual en la jurisprudencia que los ha asimilado funcionalmente (vid. STS de 13 de noviembre de 1995). Los catálogos de puestos de trabajo aparecen, al amparo de la Ley de Presupuestos para 1985, en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de junio de 1985, que regulaba la elaboración de nóminas para los funcionarios, y su vocación es claramente transitoria hasta la elaboración de las correspondientes RPT. De hecho, la Orden de 2 de diciembre de 1988 sobre Relaciones de Puestos de Trabajo de la Administración del Estado señalaba en su Disposición Transitoria que "hasta tanto se aprueben, conforme a la presente Orden las relaciones de puestos de trabajo, se mantendrán en vigor las autorizadas hasta la fecha y, en su defecto, los catálogos de puestos de trabajo".

31. En efecto, la LJCA dice que serán susceptibles *en todo caso* de recurso de casación las sentencias dictadas en virtud del recurso interpuesto al amparo de los párrafos dos y cuatro del artículo 39.

32. Recientemente la STS de 28 de mayo de 1997, al tiempo que reitera la categorización de las RPT como actos normativos admite el acceso a casación: "...cabe frente a ellas la técnica de la impugnación indirecta de disposiciones generales, por lo que en este orden de cosas es claro que ha de admitirse que a pesar de que el recurso verse sobre una cuestión de personal, sin embargo su acceso a la segunda instancia es claro, por aplicación del artículo 94.2. b) de la Ley de la Ju-

2. — El problema derivado de la impugnación exclusiva de normativa autonómica

La LJCA, en su art. 93.4º, restringe el recurso de casación frente a las sentencias dictadas en única instancia en los Tribunales Superiores de Justicia a aquellos casos en que el recurso se funde en infracción de normas, que siendo relevantes y determinantes para el fallo, no hubieran sido emanadas de los órganos de las Comunidades Autónomas.

Se trata pues de una limitación añadida a aquellas otras derivadas de la materia y de la cuantía, una limitación que tiene que ver con el reparto normativo competencial. La *ratio essendi* de esta previsión es la propia previsión constitucional de que los Tribunales Superiores de Justicia culminan la organización judicial en el ámbito territorial de las respectivas Comunidades Autónomas (art. 152.1.2º CE) y el entendimiento de que la aplicación e interpretación de las normas autonómicas escapa al control del Tribunal Supremo³³. Ya ha sido dicho que las Asambleas legislativas y los Consejos de Gobierno de las Comunidades deben ir creando normas propias que no tiene sentido armonizar con las de otras Comunidades porque son conjuntos normativos perfectamente diferentes que se aplican en ámbitos territoriales distintos³⁴. Con todo dicha limitación es de interpretación estricta³⁵; además el juicio de relevancia ha de hacerlo el propio Tribunal Supremo³⁶. Éste puede efectivamente conocer del recurso de casación contra sentencias que apliquen el Derecho autonómico, siempre que se funden en infracción de normas no autonómicas.

Expuesta la cuestión así brevemente, y sin necesidad de entrar en consideraciones ulteriores, vemos que también esta vía de acceso al recurso de casación parece quedar cerrada *a radice* en el supuesto que estudiamos pues, aunque pueda obviarse por la vía que ha sido apuntada de la redefinición de la caracterización de las RPT como cuestiones distintas de las de personal —, este segundo obstáculo parece insalvable. Está asimismo vedado el acceso al recurso de casación para unificación de doctrina por razones análogas³⁷.

jurisdicción, texto anterior a la Ley 10/1992". La referencia al artículo 94.2, b) de la LJCA hay que entenderla hoy referida, tras la mencionada Ley 10/1992, al art. 93.3º que lo reproduce en términos equivalentes.

En la misma dirección se pronuncia la STS de 16 de junio de 1997.

33. ATS de 17 de diciembre de 1992, entre otros.

34. V. GIMENO SENDRA, V. MORENO CATENA, J. GARBERÍ LLOBREGAT y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, Valencia, 1994; p. 306.

35. Vid. Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1992.

36. STS de 24 de enero de 1996.

37. ATS de 28 de octubre de 1992.

Cuestión distinta es la de orden procesal derivada del hecho de que, al enjuiciar una infracción de normas exclusivamente autonómicas, se pudiera producir una infracción del ordenamiento procesal estatal, lo que determinaría que, a estos efectos el recurso de casación ante el Tribunal Supremo fuese perfectamente posible.

V. — UNA POSIBLE VÍA DE SOLUCIÓN: LA CLÁUSULA GENERAL DEL ARTÍCULO 5.4º DE LA LOPJ

Tal como señala la Exposición de Motivos de la Ley 10/1992, el fin del recurso de casación es "proteger la norma y crear pautas interpretativas uniformes"³⁸ aunque, evidentemente este interés público se combina con el interés particular presente en el caso³⁹.

Hasta tal punto la finalidad pública de este recurso es relevante que se le puede considerar un instrumento válido para la propia defensa de la Constitución tal como revela la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁰ cuando señala que será suficiente para fundamentar el recurso de casación la infracción de precepto constitucional, reservando en este caso la competencia exclusiva al Tribunal Supremo cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional⁴¹.

Cabría entonces preguntarse si, en el supuesto objeto de análisis y una vez aceptado que la RPT que se impugna tiene verdadera naturaleza reglamentaria dentro del ámbito de lo organizativo, no hubiera sido posible intentar el recurso de casación por esta vía de la infracción de precepto constitucional. En concordancia con lo señalado más arriba el recurso contra sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia se excluyen del recurso de casación no en cuanto aplican únicamente Derecho autonómico, sino en cuanto la infracción en que se funda el recurso sea de norma autonómica⁴². Así entendido parece que el único obstáculo que podría erigirse en este caso sería el derivado de la caracterización de la RPT como un simple acto administrativo con destinatario plural encajable dentro del concepto genérico de las cuestio-

38. El TS ha acogido esta formulación en su sentencia de 28 de enero de 1994.

39. S. Rosado Pacheco, op. cit., pp. 85-86.

40. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. En adelante, LOPJ.

41. Artículo 5.4º.

42. Artículos 93.4º LJCA, 58.4º de la LOPJ y 58.1º de la Ley de Demarcación y Planta Judicial, Ley 38/1988, de 28 de diciembre.

nes de personal⁴³. Ya hemos visto como esta interpretación es minoritaria en la doctrina jurisprudencial pero no está completamente ausente.

VI.— LA DOBLE SIGNIFICACIÓN DE LA STC 48/1998

De acuerdo con lo dicho es evidente que el recurso de casación basado en infracción de norma constitucional presenta muchos puntos de contacto, en los casos en que la norma infringida sea alguno de las contenidas en los artículos 14 a 29 más el 30.2º de la Constitución, con el recurso de amparo. El supuesto que sirve de base a la STC 48/1998 parecería *prima facie* excluido del acceso al recurso de casación bien, partiendo de la consideración de las RPT como actos administrativos, por su aparente pertenencia a las cuestiones de personal, bien por encontrarse afectada exclusivamente – también de modo aparente – normativa autonómica. Ya hemos visto cómo ello no tiene que ser necesariamente así y que existirían vías para eludir cada uno de esos obstáculos técnicos. En todo caso el recurrente ha optado por solicitar la protección reforzada del amparo constitucional que juega así, además de como lo hace normalmente, como una suerte de “casación”.

La STC 48/1998, de 2 de marzo de 1998, contiene una doble proyección, en el plano procesal y en el plano sustantivo.

1.— Significación en el plano procesal: consideraciones en torno al derecho a la tutela judicial efectiva

El recurrente basa su alegación de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la aplicación de las causas de inadmisibilidad que ha hecho la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que según él habría sido atentatoria de ese derecho. Dicho Tribunal, basándose en la consideración de la RPT como acto administrativo de destinatario plural, había acordado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo en aplicación de la doctrina de los actos firmes y consentidos (arts. 82.c y 40.a de la LJCA).

43. Ello es obvio teniendo en cuenta que las causas de exclusión que contiene el art. 93.2º de la LJCA operarían automáticamente aunque se intentase el recurso por la vía de la infracción de norma constitucional ya que el propio artículo 5.4º de la LOPJ precisa que la fundamentación mencionada será posible “en todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación”. Es decir que lo que no hace este precepto es enervar la eficacia de los supuestos de exclusión legalmente establecidos sino que afirma la posibilidad de que, determinado que procede la interposición del recurso, se fundamente éste en una infracción de la norma constitucional.

El TC en una interpretación que no es por lo demás novedosa⁴⁴ entiende que no son constitucionalmente admisibles obstáculos al enjuiciamiento del fondo del asunto que sean fruto de un *innecesario y excesivo formalismo* o que *no aparezcan como justificados o proporcionados* respecto de las finalidades para las que se establecen⁴⁵. Para el caso, el Tribunal, que rechaza explícitamente el entrar a deliberar acerca de la naturaleza jurídica de las RPT, considera que falta la mimesis o identidad que pueda avalar la tesis de que la convocatoria reproduce pura y simplemente la RPT, al tiempo que circunscribe la operatividad de la causa de inadmisibilidad del artículo 40.a) de la LJCA a los supuestos en que sí se da esa identidad o mimetismo (F.J. 4º). Pero va más allá hasta decir que, dada la voluntad de disciplina permanente que tienen las RPT, los actos que traen causa de las mismas no se pueden considerar inatacables en aplicación de la doctrina del acto firme y consentido salvo, entiendo, si se da el supuesto ya indicado de reproducción o confirmación idéntica (mismo F.J.). Parece ser esta la regla general de interpretación pues si bien en el caso concreto se había producido una inidentidad sustancial derivada del hecho de que la RPT operaba la exclusión de ciertos colectivos profesionales por remisión a una clave para cuya identificación era preciso acudir a una tercera norma⁴⁶, este dato no es tenido en cuenta por el TC más que “a mayor abundamiento” y para justificar que no ha habido en el caso concreto una falta de diligencia exigible al justiciable. Esto parece querer decir que la regla está ya sentada sin necesidad de tener en cuenta este hecho que sólo viene a reafirmarla.

Por último el Tribunal advierte que no es constitucionalmente admisible exigir a los ciudadanos la impugnación *ad cautelam* de instrumentos como las RPT, quedándoles de lo contrario vedada la posibilidad de impugnación de los actos posteriores que trajesen causa de ella, ya que cabe imaginar la hipótesis de que el perjudicado por la convocatoria no hubiese tenido en su día interés, o no estuviese legitimado para la impugnación de la RPT. En suma, y aunque el Tribunal no haya querido pronunciarse expresamente acerca de la naturaleza jurídica de las RPT, sí ha dejado claro que las considera instrumentos de ordenación *pro futuro*, destinadas a disciplinar con vocación de permanencia los puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas.

44. La misma interpretación ha hecho el Tribunal en repetidas ocasiones. Vid. SSTC 3/1983, 90/1983, 99/1985, 162/1986, 57/1988, 60/1991, 194/1992, 350/1993, 48/1995, 186/1995, 76/1996, etc.

45. La cursiva es mía.

46. El Decreto 34/1990, de 3 de abril, de la Diputación General de Aragón sobre relaciones de puestos de trabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma.

Aunque se considerase la RPT como un acto administrativo con destinatario plural, siendo así que dichos destinatarios son indeterminados e indeterminables en el momento de dictarse el mismo, los actos que trajesen causa de ella, y que no fuesen actos de reproducción o confirmación idéntica de la misma, han de ser susceptibles de recurso contencioso-administrativo. Sobre la base de dicha indeterminación de los destinatarios creo que el Tribunal ha operado, sin quererlo expresamente, una decantación en favor de la consideración de la RPT como "disposición general". El Ministerio Fiscal lo ha entendido así cuando afirma que existe una interpretación más favorable a la admisibilidad del recurso que la que efectuó el juzgador de instancia y que ésta pasa por la inclusión en el concepto de "disposición general" de *determinados actos administrativos de cierta entidad, como la publicación de puestos de trabajo*⁴⁷.

Como quiera que una convocatoria no será nunca un acto idéntico de reproducción o confirmación de la RPT en la que tiene su origen, siempre será recurrible en vía contenciosa, sin que sea posible efectuar la subsunción en el supuesto del artículo 40.a) de la LJCA. Por otra parte, cuesta trabajo imaginar qué actos dictados al amparo de una RPT guardarán una identidad tan sustancial con ella que los haga insusceptibles de recurso contencioso en aplicación de la doctrina de los actos firmes.

2.— La doble significación en el plano material

Haciendo gala una vez más de antiformalismo y de un recto entendimiento del principio de economía procesal el TC entiende que, aún establecida la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, no procede en este caso retrotraer el proceso sino que cabe entrar a debatir la cuestión de fondo, la pretendida vulneración del artículo 23.2º CE (derecho de acceso a las funciones y cargos públicos), puesto que en fecha 15 de mayo de 1996 —es decir con posterioridad a la sentencia que es objeto del recurso de amparo— el mismo Tribunal ha dictado sentencia desestimatoria en un recurso idéntico interpuesto por el mismo demandante contra un acto idéntico, por idénticos motivos y referido al mismo puesto de trabajo.

Dicho análisis de la cuestión de fondo se aborda desde dos puntos de vista: de un lado, la pretendida falta de cobertura legal de la restricción referida a personal sanitario, investigador y docente; de otro lado, la posible discriminación que ello podría comportar. Ambos enfoques se corresponden con dos

47. Antecedente 10º. La cursiva es mía.

niveles de control que el TC puede efectuar sobre el acto enjuiciado: un primer control llamado a establecer el alcance constitucionalmente permitido a la determinación reglamentaria de las condiciones de acceso a las funciones públicas, y un segundo control encaminado a determinar si el resultado concreto al que se ha llegado en el supuesto de base es o no materialmente discriminatorio. Vamos a ver cómo el TC no efectúa sino parcialmente el primero de los controles a que acabo de referirme.

A) *El derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad como instrumento de control constitucional de la discrecionalidad reglamentaria en la fijación de condiciones de acceso*

En efecto, desde el primer punto de observación, el TC recuerda su doctrina relativa a la conceptualización del derecho contenido en el artículo 23.2º CE como derecho no sustantivo sino de configuración legal que exige una fijación *ex ante* de los criterios de selección, tanto de carácter absoluto como relativo, en que consistan la igualdad, mérito y capacidad para cada función⁴⁸, y puntualiza que esta predeterminación de las condiciones de acceso forma parte del derecho fundamental en cuanto constituye su soporte (F.J. 7º)⁴⁹. Dicho esto el TC matiza a renglón seguido que dicha necesidad de preexistencia o predeterminación de las condiciones de acceso no significa la imposibilidad de la colaboración reglamentaria pues dicha reserva de ley no es absoluta. De nuevo reiterando su doctrina anterior⁵⁰ el TC señala que "no puede afirmarse, sin más, que el límite de la reserva de ley presente en el artículo 103.3º CE impida en términos absolutos todo tipo de remisión legislativa al reglamento" para a continuación rechazar que sea disconforme con la Constitución el que la RPT, como instrumento técnico de ordenación en el ámbito de la organización administrativa, establezca determinados requisitos para el desempeño de cada puesto de trabajo⁵¹.

La igualdad no quiebra en suma, por el hecho de que en la predeterminación de los requisitos o condiciones de acceso hayan colaborado normas de

48. SSTC 10/1989, 67/1989 o 174/1996.

49. Así se deriva en términos generales de la lectura conjunta de los artículos 23.2º y 103.3º CE a los que han de añadirse las previsiones de carácter general de los artículos 53.1º y 103.1º también de la norma fundamental.

50. SSTC 99/1987 y 47/1990.

51. En este punto, y volviendo sobre la cuestión que me ha ocupado anteriormente, cabría preguntarse si cuando, hablando expresamente de relaciones de puestos de trabajo, el Tribunal señala que *resulta lícito y posible según la Constitución establecer requisitos por vía reglamentaria*, ¿no está admitiendo de alguna manera la naturaleza reglamentaria de dicho instrumento técnico de ordenación?

rango reglamentario, en tanto en cuanto se haga con los límites y condiciones que la propia Constitución impone, tal como ya había señalado el TC en las sentencias 99/1987⁵² y 47/1990⁵³. El Tribunal se queda ahí, curiosamente preso de un entendimiento estricto del principio de no disposición⁵⁴, y no va más allá cuando podría hacerlo, según creo, examinando si en el supuesto concreto la norma infralegal ha respetado los referidos "límites y condiciones" constitucionalmente exigidos.

En otras sentencias, tras sentar el principio general de licitud de la colaboración reglamentaria en el establecimiento de los requisitos de acceso a los cargos y funciones públicas, el TC ha apostillado que dicha intervención "auxiliar o complementaria" del reglamento es posible "siempre que (...) no se llegue a una total abdicación del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir"⁵⁵, siendo así que "no puede el Reglamento excluir del goce de un derecho a aquéllos a quienes la ley no excluyó"⁵⁶, cuando "ni siquiera esta última ha previsto la posibilidad de que por vía complementaria el reglamento pueda eventualmente excluirlos"⁵⁷.

Esto es precisamente lo que ha ocurrido en el caso de autos: es la norma infralegal (la RPT) la que, en relación con el Decreto 34/1990 de la Diputación General de Aragón (ya mencionado), incorpora una exclusión que no se prevé en la Ley 1/1986, de 20 de febrero, de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

52. Dice aquí el TC: "...No puede afirmarse, sin más, que el límite de la reserva de ley presente en el artículo 103.3º de la Constitución impida, en términos absolutos, todo tipo de remisión legislativa al reglamento" (F.J. 3º.b).

53. "Sería ilógico exigir del legislador una previsión casuística del contenido de los requisitos para acceder a cualquier cargo o función en el seno de la Administración, pues dichos requisitos habrán de variar sustancialmente en cada caso" (F.J. 7º).

54. En efecto, el TC se limita a entender que "no es posible (...) acoger una pretensión que se limita a impugnar el establecimiento por normas e instrumentos infralegales de determinados requisitos. Ha de ser, por tanto, rechazada, toda vez que lo único que ahora se plantea, a modo de premisa mayor, es la improcedencia de que en la relación de puestos de trabajo se fijen ciertas condiciones en virtud de las cuales puedan seguirse determinadas exclusiones, sin que aporte razonamiento alguno que acredite por qué, en términos constitucionales, no sería lícita, por incumplimiento de la reserva de ley, la complitud de los requisitos a cargo de otros instrumentos o disposiciones generales" (F.J. 7º de la STC 48/1998).

55. SSTC 83/1984, de 24 de julio (F.J. 4º) y 99/1987, de 11 de junio (F.J. 3ºa).

56. STC 209/1987, de 22 de diciembre (F.J. 3º).

57. STC 47/1990, de 20 de marzo (F.J. 7º).

Creo que era dable al Alto Tribunal enjuiciar en este punto si la norma infralegal se había extralimitado y sentar así con carácter general la frontera de lo que por vía reglamentaria, y con respeto al principio de igualdad, se puede añadir a las previsiones legales en materia de fijación de requisitos para el acceso a cargos y funciones públicas. Parece que esa posibilidad admitida con carácter general, de que por vía reglamentaria se complementen las previsiones legales concretando requisitos que ésta no incluyó, encuentra un límite claro e insalvable en el necesario respeto a las exigencias de que el acceso se garantice en condiciones de igualdad de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

Podría entenderse que es este un problema de simple legalidad ordinaria que no puede dilucidarse en un proceso de amparo, pero no hay que olvidar que en su práctica habitual el TC, aún distinguiendo entre cuestiones de legalidad ordinaria y de constitucionalidad, no deja de examinar aquellas cuestiones de legalidad que percuten en el contenido del derecho fundamental presuntamente vulnerado⁵⁸, como es este el caso, por cuanto propia preexistencia y predeterminación de las condiciones de acceso forma parte del derecho fundamental en cuanto constituye su soporte. Creo que una vulneración aparentemente formal, operada en el proceso de concreción de las condiciones por vía reglamentaria, supone una vulneración material de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Esta vez el TC ha preferido pasar directamente al estudio de la alegación de discriminación, lo que constituye el segundo polo de observación que he mencionado más arriba.

B) El control constitucional de la discrecionalidad administrativa en el ejercicio de su potestad organizativa

Aquí el TC recuerda el principio que tiene sentado con carácter general en lo que respecta a la relación entre los artículos 23.2º y 14 CE: aquél como especificación de éste en el ámbito del acceso a cargos y funciones públicos⁵⁹, de modo que será el 23.2º el que deberá ser considerado para apreciar si la igualdad ha sido quebrantada cuando la diferenciación que se impugna se haya fundamentado en criterios distintos a los recogidos en el artículo 14 CE⁶⁰.

58. Como ejemplo sirva la STC 47/1990, de 20 de marzo.

59. Esta especial relación había sido ya puesta de manifiesto en las SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 50/1986, de 23 de abril; 148/1986, de 25 de noviembre; 84/1987, de 29 de mayo; 67/1989, de 18 de abril; 27/1991, de 14 de febrero; ó 163/1991, de 18 de julio, entre otras.

60. Así lo ha sostenido el TC en las SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 86/1987, de 1 de junio; 67/1989, de 18 de abril ó 163/1991, de 18 de julio.

El TC ha señalado también cómo esta concreción de la igualdad que incorpora el artículo 23.2º se proyecta también en dos planos: como igualdad *ante o en la aplicación de la ley* y como igualdad *en la ley*⁶¹. El caso que da lugar a la STC 48/1998 es un supuesto de vulneración del principio de igualdad en la ley ya que es de la RPT de la que se deriva en última instancia la exclusión discriminatoria⁶²: la igualdad quiebra en relación con el acceso a las funciones y cargos públicos cuando se establecen requisitos no compatibles con el artículo 14 CE de manera que los criterios de diferenciación no sean referibles al mérito y/o la capacidad (artículo 23.2º y 103.3º CE)⁶³. Dice ahora el TC que “se infringe el principio de igualdad, en síntesis, si la diferencia de trato carece de una justificación objetiva y razonable a la luz de las condiciones de mérito y capacidad o, dicho en otros términos, cuando el elemento diferenciador sea arbitrario o carezca de fundamento racional” (F.J. 7º).

El TC ha opuesto así los artículos 23.2º y 103.3º CE, conjuntamente considerados, como límite o freno frente a la acción del legislador formal y material, dado que al entrar a enjuiciar la existencia de un fundamento racional y objetivo en la diferenciación introducida, el Alto Tribunal advierte que cuando se pretenda configurar las condiciones de acceso por vía negativa – como es el caso – el artículo 23.2º CE exige una mayor y más severa justificación objetiva y racional.

En este caso el TC ha ido más allá de donde había llegado en su Sentencia 67/1989 ya mencionada, en la cual mantiene que el legislador tiene un amplio margen de libertad en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de cuáles han de ser los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, sin que sea de su competencia 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”.

61. Vid. la STC 27/1991, de 14 de febrero, cuyo F.J. 4º señala que: “...el artículo 23.2º actúa en dos planos distintos: como igualdad ante la Ley, de una parte, y de la otra, como igualdad en la Ley. En este segundo aspecto – y esto es lo que explica la especificación en este caso del principio general de igualdad – la igualdad en la Ley, implica para el legislador no sólo la prohibición de establecer diferencias que carezcan de una fundamentación razonable y objetiva, sino más precisamente aún y en conexión con el artículo 103.3º CE, la prohibición de establecer diferencias que no guarden relación con el mérito y capacidad”.

62. Dice así el TC: “no se trata, pues, de un supuesto en el que pretendidamente se haya producido un tratamiento desigual en aplicación de la ley, sino que en rigor el resultado discriminatorio producido se imputa a la indicada relación”.

63. Ambas tendencias limitativas de los requisitos que se pueden exigir habían sido ya expresadas en las SSTC 10/1989, de 24 de enero y 50/1986, de 23 de abril, respectivamente.

La clave de la argumentación se hace radicar en la distinción entre determinación de requisitos por vía positiva o por vía negativa. Dice así el TC: “Cabe afirmar, en línea de principio, que la configuración de las condiciones de acceso por vía negativa requiere una mayor y más severa justificación objetiva y racional para superar el juicio que el artículo 23.2º CE impone”. Habiendo ya señalado en jurisprudencia por lo demás reiterada, que entra dentro del margen de libertad dejado al legislador la determinación de los requisitos de acceso y que estos habrán de ir referidos a los conceptos de mérito y capacidad con el límite de la interdicción de la arbitrariedad y/o irracionalidad de las diferenciaciones introducidas⁶⁴, recurre ahora el TC a un criterio de pseudo-proporcionalidad: “... Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue (...) sino que es indispensable también que las consecuencias jurídicas que resulten de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin” (F.J. 7º b). Y “La norma podría haber establecido, en términos positivos y con pleno respeto del artículo 23.2º CE toda una suerte de requisitos (grupo, experiencia, formación, etc.) que garantizaran plenamente la función requerida. Al excluir de entrada y por presunción la concurrencia del actor se ha lesionado su derecho garantizado por el artículo 23.2º CE” (F.J. 8º).

Lo que el TC viene a decir es que una diferenciación es legítima si de un lado, es legítimo el fin que se persigue con ella y si de otro lado, las consecuencias de dicha diferenciación son adecuadas y proporcionadas al logro de dicho fin legítimo. Es claro que haciendo esto el Tribunal ha cruzado la frontera de la apreciación subjetiva y se ha acercado a la posición del legislador material, en contra de lo que suele ser su costumbre, máxime cuando precisa que la exclusión podría ser justificada “por necesidades desde luego atendibles, y con determinadas condiciones” respecto de otros colectivos como el de sanitarios, investigadores o docentes de la medicina⁶⁵.

Aunque sin admitirlo formalmente el TC ha dado acogida a un criterio de proporcionalidad que, si bien no le es desconocido, es muy renuente a utilizar con generalidad. En efecto, falta en nuestra jurisprudencia constitucional una construcción general del principio de proporcionalidad como pauta interpretativa de la legitimidad constitucional de las normas, construcción que no es desconocida sin embargo en la jurisprudencia de otros Tribunales constitucionales, en la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y en la del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁶.

64. Así la STC 50/1986, de 23 de abril.

65. Con la finalidad, dice el Tribunal, “de que estos profesionales no abandonaran el ámbito que les es propio o bien, por ejemplo, en aras de una mayor racionalidad u objetividad en el desempeño por otros profesionales de la tarea de que se trate”.

66. Vid. J. BARNÉS VÁZQUEZ, *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario*, Revista de Administración Pública, nº 135, 1994; pp. 495 a 535.

VII.— CONCLUSIONES

De lo expuesto hasta aquí se pueden extraer conclusiones en dos frentes: lo primero que merece la pena ser destacado es cómo el sistema de recursos actualmente vigente dispone una serie de causas de exclusión de juego complejo que, entrecruzadas con las incertidumbres derivadas de las interpretaciones fluctuantes de determinadas disposiciones normativas, llevan a que un nutrido grupo de cuestiones en las que están en juego derechos fundamentales hallen su segunda instancia en el nivel constitucional, desvirtuando de este modo la naturaleza subsidiaria con que la jurisdicción constitucional está concebida en nuestro país. Para el recurrente es obviamente más cómodo, menos costoso y sobre todo menos incierto, dirigirse directamente en amparo ante el Tribunal Constitucional que enfrentarse a un trámite de admisión en casación ante el Tribunal Supremo, durante el cual va a tener que desplegar su fuerza argumental para salvar obstáculos varios: en este caso, en concreto, los derivados de la materia, los derivados de la afectación de normativa autonómica y los derivados de la conflictiva naturaleza jurídica de las RPT. En la doctrina se ha destacado ya que sería deseable que la protección de los derechos fundamentales, que corresponde en línea de principio a la jurisdicción ordinaria, consagre con carácter general la doble instancia a fin de preservar la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo. En lo que respecta al derecho de acceso a las funciones y cargos públicos, no se trataría de una universalización indiscriminada de la doble instancia en materia de personal, lo que iría contra el tenor literal del artículo 94 de la LJCA, sino discriminadamente en aquellos supuestos en que la queja fuese subsumible en el artículo 23.2º CE, de modo que la jurisdicción constitucional entrase a conocer sólo residualmente⁶⁷.

Lo segundo a destacar es el recurso que el Tribunal hace al principio de proporcionalidad. No es este el lugar para hacer un estudio detallado de la trayectoria del Alto Tribunal en relación con la aplicación del mencionado principio. Baste decir que dicha aplicación no es muy profusa, que en nuestro país no se ha procedido todavía a la reconstrucción conceptual del mismo, que tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional son muy cautos a la hora de echar mano del mismo y aún cuando lo hacen es de un modo inseguro, sin acertar a encajarlo constitucionalmente, y con un alcance limitado, esto es, en un análisis de proporcionalidad en sentido estricto o de simple adecuación de medios a fines sin referencia a los criterios en que se funda la ponderación. Esto es precisamente lo que hace la sentencia comentada: echa mano del análisis de proporcionalidad y concluye que la exclusión de personal docente, sa-

67. M. PULIDO QUECEDO, *El acceso a los cargos y funciones públicas*, Madrid, 1992; pp. 504-506.

nitario e investigador en la convocatoria de un puesto de Secretario del Servicio Aragonés de Salud es ilegítima por cuanto, dada su naturaleza de requisito negativo, requeriría una "mayor y más severa justificación objetiva y racional para superar el juicio que el artículo 23.2º CE impone", y que dicha exclusión sólo resultaría lícita a contrario sensu respecto de parte de los profesionales afectados, en razón de "necesidades atendibles y con determinadas condiciones", en función de una serie de finalidades que menciona a título ejemplificativo.

Creo que el Tribunal, aunque de algún modo ha utilizado el criterio de proporcionalidad para elaborar su decisión, ha dejado pasar otra buena oportunidad para comenzar a clarificar el juego del mismo en nuestro derecho como parámetro interpretativo, explicitando adecuadamente los elementos a ponderar: derecho de acceso a funciones públicas en condiciones de igualdad de acuerdo con los principios de mérito y capacidad así como necesidad de predeterminación de las condiciones de acceso, generalidad de dicha predeterminación e interdicción de la arbitrariedad, valoración del requisito negativo incorporado y funcionalidad del mismo en orden a garantizar la objetividad y eficacia que han de regir la actuación administrativa así como la imparcialidad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones. Sólo después de haber efectuado este análisis y de haber explicitado el *iter* argumental seguido, la decisión se presentaría como perfectamente fundamentada, al tiempo que quedarían sentadas las bases para la reconstrucción dogmática del principio de proporcionalidad.

Pero esta, siendo una cuestión capital en el caso de autos, es una cuestión distinta y de un alcance mucho mayor...