

Proceso extraordinario de acceso a la docencia no universitaria

en el marco del acuerdo de consolidación de
empleo público y el mandato de la Ley General
de Presupuestos del Estado de 2017

I N F O R M E J U R Í D I C O



enseñanza

Federación de Enseñanza de CCOO
16 de enero de 2018

El artículo 23.2 de la Constitución española (en adelante, CE) garantiza el derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Sin embargo, existen supuestos extraordinarios en los que las especiales circunstancias de una Administración y el momento concreto en el que se celebran los procesos selectivos justifican la desigualdad de trato entre los participantes.

Esta excepción es legítima en situaciones singulares, pudiendo ser de diferentes características. Entre ellas podemos citar la celebración de pruebas en las que se priman de forma notable los servicios desempeñados en la Administración convocante, siempre que exista una justificación de las excepcionales circunstancias en las respectivas convocatorias.

En este sentido, podemos afirmar que el sistema de acceso a los cuerpos docentes de la educación pública no universitaria no es único y exclusivo, sino que existen otros y diferenciados sistemas excepcionales de acceso. El sistema de acceso excepcional o extraordinario tiene su fundamentación en el excesivo volumen de docentes temporales en la estructura administrativa educativa, lo que ha provocado una perpetuación en el tiempo de este personal. En determinadas ocasiones y con carácter exclusivamente transitorio, el Tribunal Constitucional (TC) ha avalado la previsión legal de un régimen excepcional para hacer posible el acceso definitivo a la función pública de personal con empleo precario. En otras sentencias admite la licitud constitucional de la valoración de los servicios previos, siempre sujeta a una prueba de proporcionalidad que justifique la diferencia de trato. De este modo, en las sentencias del Tribunal Constitucional 27/1991, de 14 de febrero, y 293/1992, de 18 de octubre, se desprende que el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y empleos públicos no priva al legislador de un amplio margen de libertad en la regulación de las pruebas de selección y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, pero establece límites positivos y negativos a dicha libertad que resultarán infranqueables. En positivo, obliga al legislador a implantar requisitos de acceso que, establecidos en términos de igualdad, respondan única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad. Como consecuencia de ello, desde una perspectiva negativa se prohíbe que la regulación de las condiciones de acceso se haga en términos concretos e individualizados que favorezcan a unas personas frente a otras, evitando cuidadosamente cualquier sombra de arbitrariedad que existe “cuando falta la razón o el sentido de la regulación” (sentencia del TC 11/1996, de 29 de enero).

I. Doctrina constitucional sobre los procesos de consolidación de empleo

El Tribunal Constitucional admitió la celebración de los procesos excepcionales de acceso por ser la vía para resolver una situación singular derivada de un proceso único e irrepetible de creación de una nueva forma de organización de las Administraciones Públicas a nivel autonómico, que dio lugar a la necesidad de adscribir, de forma inmediata, a personal en régimen de derecho administrativo cuando no existían plantillas de funcionarios y tampoco se podía acudir a los sistemas ordinarios de acceso, por la premura de tiempo para que dicho personal pudiera acceder a ser funcionario de carrera. Se trata, por tanto, de pruebas admisibles, pero para resolver situaciones transitorias y excepcionales, debiendo contar con habilitación legal. El TC reconoció este sistema de acceso (sentencias del TC 67/1989, de 18 de abril; 185/1994, de 20 de julio; y 73/1998, de 31 de marzo) señalando que “lo que la corporación puede sin vulnerar el principio de igualdad es hacer como ha hecho, una convocatoria de concurso público en 1986 limitando su participación a los que en un momento concreto anterior tenían la condición de funcionarios interinos y limitar la valoración de los méritos hasta esa misma fecha muy anterior a la de la convocatoria y al plazo de admisión de solicitudes”.

El Tribunal Constitucional caracteriza a estos procesos de consolidación de empleo, que son excepcionalmente admisibles, con los siguientes requisitos:

1. Procesos que pueden ser realizados con carácter extraordinario.
2. Procesos establecidos por ley, que además tengan el carácter de norma básica; por ello, las comunidades autónomas, al legislar sobre estos procedimientos, deben ajustarse en la normativa básica.
3. Procesos que solamente pueden darse en casos excepcionales.
4. Cumplimiento de los principios de mérito y capacidad a través de un proceso selectivo.
5. La excepcionalidad debe tener carácter transitorio en el tiempo
6. Las pruebas no han de suponer un proceso selectivo *ad personam*.

Analizando estos requisitos, cabe señalar lo siguiente:

1. Procesos que pueden ser realizados con carácter extraordinario.

El Tribunal Constitucional, en la meritada sentencia 27/1991, expresó claramente “el carácter extraordinario”.

2. Procesos establecidos por una ley, que tenga el carácter de legislación básica.

Al tratarse de una situación excepcional, el Tribunal Constitucional entiende que deben ser establecidos por ley, siendo dicha ley una ley estatal, por cuanto las excepciones al sistema general de acceso a la función pública constituyen legislación básica. Por ello, la admisibilidad de los procesos extraordinarios no exime de la tramitación del proceso selectivo con las garantías de mérito y capacidad.

El carácter excepcional del supuesto necesariamente debe venir recogido por normas de rango de ley de forma expresa, si bien el Reglamento no está excluido, y así lo ha expresado el Tribunal Constitucional, a cuyo tenor se posibilita que por norma con rango de Ley puedan alterarse los contenidos del estatuto funcional por exigencias de la organización del servicio público, respetando las referidas al rango normativo preciso para la modificación de la normativa precedente. Y así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional, estableciendo con carácter básico el principio de que las convocatorias tienen que ser por regla general abiertas o libres, así como que “las excepciones al sistema de acceso a la función pública merecen la calificación de legislación básica, por lo que su regulación corresponde, obviamente, al Estado central”. Por lo tanto, las comunidades autónomas solo tienen competencias para convocar procesos extraordinarios si, al legislar, se atienen a los requisitos establecidos por la legislación básica. A estos efectos, a modo ilustrativo, el Tribunal Constitucional establece con carácter básico el principio de que toda convocatoria debe ser abierta y libre, con carácter general, e insiste en que “las excepciones al sistema de acceso a la función pública merecen la calificación de legislación básica, por lo que su regulación corresponde, obviamente, al Estado central”. Así pues, las comunidades autónomas solamente pueden convocar procesos de selección extraordinarios si este proceso se ajusta a los requisitos establecidos por el Estado (sentencias del TC 99/87 y 31/2006, que remiten a las sentencias 174/1988, 151/1992 y 302/1993).

3. Procesos que solamente pueden darse en casos excepcionales.

Esta excepcionalidad, que exige que se trate de un proceso único, singular y /o irrepetible, viene impuesta por la doctrina del Tribunal Constitucional al señalar que la diferencia de trato que suponen las pruebas extraordinarias debe ser razonable, proporcionada y no arbitraria y, en todo caso, aprobadas aquellas siempre bajo criterios interpretativos restrictivos, incluso aunque se trate de un proceso que no suponga un privilegio o una discriminación, sino una “concesión favorable al régimen general”. Los supuestos en los que el Tribunal Constitucional entiende justificada la excepcionalidad, los pone en relación con el personal contratado administrativo temporal de las administraciones autonómicas, derivando en una situación singular y excepcional de la organización territorial del Estado (sentencia del TC 60/1994).

4. Cumplimiento de los principios de mérito y capacidad.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la relación existente entre el acceso en condiciones de igualdad y los principios de mérito y capacidad permite valorar en los procesos selectivos los servicios prestados a la Administración, siendo este un criterio más para evaluar la “aptitud o capacidad” del aspirante (sentencia del TC 67/1989). Ahora bien, tal valoración no puede llegar a convertirse en un requisito que excluya la posibilidad de concurrencia de terceros, convirtiendo al proceso selectivo en un verdadero proceso restringido.

Por lo tanto, valorar los servicios prestados como un mérito en un proceso de un concurso oposición no es inconstitucional. El problema surge si se valora de forma desproporcionada. En virtud del principio de proporcionalidad, esta valoración no puede ser excesiva, de modo que sea determinante en la superación del proceso selectivo, imposibilitando superarlo a quienes no tienen ese mérito, ya que, en caso contrario, sería vulnerado el derecho de acceso en condiciones de igualdad, mérito y capacidad a la función pública. En tal caso, el Tribunal Constitucional reconoce que hay desigualdad, pero la admite con la finalidad de consolidar empleo precario. Sin embargo, en normas específicas, tanto estatales como autonómicas, han previsto dos o más convocatorias, pero cabe señalar que su adecuación al marco constitucional se ha producido, según el Tribunal Constitucional, por tratarse de pruebas no restringidas (sentencia del TC 107/2003).

Así, en concreto, el Tribunal Constitucional aceptó tres convocatorias según la previsión de la Disposición Transitoria Quinta de la LOGSE. La sentencia 185/1994 del TC afirma que “la opción en favor del sistema de ingreso en la función pública previsto en la Disposición transitoria quinta, apartado 3, de la LOGSE pertenece indudablemente al ámbito de libre configuración del legislador. Sin embargo, conviene detenerse en su examen, pues el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 C.E. requiere que dicho sistema haya respetado la igualdad que este precepto constitucional concreta, así como los principios contenidos en el art. 103.3 C.E. A este fin ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que el trato de favor concedido a los aspirantes que con anterioridad hubiesen desempeñado tareas docentes como funcionarios interinos posee un carácter excepcional y deriva de una circunstancia vinculada a una finalidad constitucionalmente legítima, como es la de normalizar la situación del personal al servicio de las Administraciones educativas y mejorar su cualificación. Pues si la LOGSE entraña la reforma del sistema educativo en su conjunto y los poderes públicos han de prestar una atención prioritaria al conjunto de factores que favorecen la calidad y mejora de la enseñanza, entre estos se cuenta, obvio es, la adecuada cualificación del profesorado, incluido el que ha venido desempeñando sus funciones con carácter interino. Por tanto, ha de estimarse que el tratamiento legal diferenciado que se contiene en la Disposición transitoria quinta, apartado 3, de la LOGSE no está desprovisto de justificación objetiva y razonable; ni de él puede decirse que no sea proporcionado y adecuado a los fines perseguidos por el legislador (SSTC 22/1981, 59/1982, 50/1991 y 340/1993) [F.J.4]. 2. El ‘sistema de selección’ establecido es de carácter transitorio y ha de operar en ‘las tres primeras convocatorias’ de plazas de las Administraciones educativas que se produzcan después de la entrada en vigor de la LOGSE, de manera que, aun estando guiado por una finalidad constitucionalmente legítima, ha de valorarse también si el número de convocatorias previsto no resulta desproporcionado y puede afectar, por sí solo, a la igualdad de los aspirantes. Ahora bien, para llegar a una conclusión negativa basta reparar, de un lado, que aun persiguiendo la reforma global y en profundidad del sistema educativo, el legislador ha querido alcanzar este objetivo de forma progresiva y escalonada; y a este fin ha fijado un calendario temporal de diez años para la aplicación total de la Ley. Por consiguiente, cabe admitir que la finalidad de normalización del personal interino al servicio de las Administraciones educativas se ha acompasado a las propias previsiones temporales de la reforma y a los recursos disponibles. Y ninguna tacha merece esta decisión si con las sucesivas convocatorias se pretende no sólo adecuarse al propio ritmo de la reforma sino hacer posible una evaluación progresiva de los efectos de la aplicación del sistema [F.J.4]. 3. No corresponde a este Tribunal ni

revisar, ni sustituir a la Administración educativa en la determinación del ‘quantum’ que deba atribuirse a cada uno de los méritos académicos, en atención a las funciones docentes propias del puesto funcional al que se aspira, pues lo único relevante desde la perspectiva del principio de igualdad es que tales determinaciones se realicen con carácter general y abstracto para todos los concursantes [F.J.5]. 4. Si la diferencia de trato obedece a circunstancias que no pueden reputarse como arbitrarias o irrazonables, en atención a la finalidad que inspira el procedimiento de selección previsto en la Disposición transitoria quinta, apartado 3, de la LOGSE, de carácter excepcional y como tal restringido en el tiempo; si la preferencia en favor de los profesores interinos, considerada en su incidencia sobre el total de la puntuación que puede alcanzarse no rebasa el ‘límite de lo tolerable’ y, por último, si tal preferencia sólo opera, dentro de la ‘valoración ponderada y global’ que establece dicha norma, cuando se ha superado una determinada puntuación en atención a los conocimientos y méritos académicos, sin que pueda agregarse parcialmente al cómputo de aquellos, sólo cabe concluir que, en el presente caso, no se ha lesionado el derecho de los recurrentes a acceder en condiciones de igualdad que el art. 23.2 C.E. reconoce [F.J.6]”.

En esta importante sentencia, el Tribunal Constitucional entiende, en primer lugar, que el trato de favor concedido a los aspirantes que con anterioridad hubiesen desempeñado tareas docentes como personal funcionario interino posee un carácter excepcional y deriva de una circunstancia vinculada a una finalidad constitucionalmente legítima, como es la de normalizar la situación del personal al servicio de las administraciones educativas y mejorar su cualificación. Argumenta que si la LOGSE entraña la reforma del sistema educativo en su conjunto y los poderes públicos han de prestar una atención prioritaria al conjunto de factores que favorecen la calidad y mejora de la enseñanza, entre estos se cuenta la adecuada cualificación del profesorado, incluido el que ha venido desempeñando sus funciones con carácter interino. Por tanto, ha de estimarse que el tratamiento legal diferenciado que se contiene en la Disposición transitoria quinta, apartado 3, de la LOGSE, no está desprovisto de justificación objetiva y razonable; ni de él puede decirse que no sea proporcionado y adecuado a los fines perseguidos por el legislador. Considera que el sistema previsto en la Disposición transitoria referida está basado en los principios de mérito y capacidad que deben presidir el acceso a la función pública, aunque se trate de una “valoración ponderada y global” de los conocimientos y los méritos académicos. El hecho de que este sistema de selección tenga un ámbito temporal *in fine*, es considerado acorde con la finalidad de normalización del personal interino al servicio de las administraciones educativas.

Por ello, puede defenderse su constitucionalidad, por tratarse de procesos no restringidos en los que, si bien se valoran especialmente los méritos de los funcionarios interinos, no se impide la participación de ciudadanos y ciudadanas ajenos a la Administración o a los puestos convocados, estableciéndose por este carácter no restringido que más de una convocatoria no debe comportar la inconstitucionalidad dado su carácter de proceso selectivo abierto. Ahora bien, una vez celebrados y finalizados los procesos extraordinarios de acceso a la función pública, a tenor de la doctrina constitucional se deduce la obligación de la Administración pública de recurrir, en lo sucesivo, a los procedimientos ordinarios, esto es, las convocatorias libres (sentencia del TC 27/1991) y sin perjuicio de que puedan valorarse como mérito los servicios prestados en aquella administración pública (sentencia del TC 185/1994).

5. Prohibición de los procesos selectivos *ad personam*.

Como hemos señalado, del artículo 23.2 de nuestra Carta Magna se deriva la clara prohibición de que las reglas del procedimiento para el acceso a la función pública se establezcan mediante lo que se ha denominado reserva explícita o reserva encubierta de funciones públicas *ad personam*. El principio de igualdad supone que las referidas reglas deben configurarse en términos generales y abstractos. El Tribunal Constitucional viene señalando que los procesos selectivos de consolidación de empleo temporal no son procesos diseñados *ad personam*, lo cual estaría prohibido por la Constitución española, tal y como ha dejado reflejado el TC en la sentencia 185/1994. De este modo, el Tribunal Constitucional, consciente de que según su propia doctrina quedan proscritos estos procesos, ha insistido en destacar que en los procesos selectivos con valoración de servicios prestados no hay tal referencia *ad personam*. De hecho, la sentencia del TC 67/1989 señala que “todo mérito crea la posibilidad de que se conozca *a priori* el conjunto de quienes lo ostentan (un riesgo que es mayor cuando se trata de este mérito concreto), pero ello no autoriza a pensar que la toma en consideración de ese mérito se haya hecho para favorecer a personas concretas. Ello sólo sucederá si el mérito en cuestión no tiene una fundamentación objetiva, lo que no es aquí el caso”. Del mismo modo, el Constitucional habla de la existencia de una valoración global, debiendo analizarse el *quantum* que se ha atribuido a cada mérito dentro del proceso selectivo total, para determinar si la desigualdad favorecedora del colectivo de funcionarios interinos ha sido razonable y proporcionada. Y a este respecto el alto tribunal viene señalando que la valoración de los servicios previos no puede tener una dimensión cuantitativa que rebase el “límite de lo tolerable” (STC 50/1986, 18/1987, 67/1989, 27/1991 y 302/1993).

La cuestión es determinar dónde se sitúa el límite tolerable. Según la sentencia del TC 185/1994, “el máximo de seis puntos que las Comisiones pueden otorgar a los profesores interinos por la previa experiencia docente representa el 31,57% del total de puntos que pueden obtenerse en los tres cómputos que integran el proceso de selección. Pero el último cómputo no es incondicional; pues la valoración realizada respecto a los conocimientos curriculares y a los méritos académicos constituye un límite para que pueda operar la diferencia de trato que se denuncia; y la incidencia que representa el máximo de seis puntos por servicios prestados en la enseñanza pública puede considerarse que se sitúa dentro del ‘límite de lo tolerable’”. En ocasiones, el Tribunal Constitucional ha aceptado que se valore como mérito único los servicios prestados. Así, admite un supuesto en el que los servicios prestados por interinos y contratados eran el único mérito valorable (las sentencias del TC 83/2000 y 11/1996 también aceptan como proporcionado ese 31,57%).

De lo anterior podemos extraer que:

- Los servicios prestados constituyen una circunstancia razonable y objetiva a valorar en el concurso. Es decir, existe una conexión directa entre el servicio prestado y la función a realizar, pues la experiencia tiene cabida en los principios de “mérito y capacidad”.

- Entra dentro de la libertad de la Administración (de acuerdo con la legislación aplicable) poder fijar como único mérito en un concurso-oposición (para la fase de concurso) el tiempo de servicio prestado como personal interino o contratado. No es en sí mismo contrario a la Constitución el objetivo de la Administración dirigido a consolidar como funcionarios/as a quienes estuvieron durante un tiempo prestado de servicio como interino/a o contratado/a.

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

Por lo tanto, no es contrario al derecho fundamental de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública que haya pruebas selectivas de acceso en las que puedan valorarse los servicios efectivos prestados por funcionarios/as interinos/as siempre que, no obstante, esa valoración no incurra en arbitrariedad e incompatibilidad, por tanto, con los principios de mérito y capacidad.

Cuestión distinta es determinar si las disposiciones reglamentarias incrementan esa desigualdad más allá de los límites constitucionalmente tolerables, pues, como hemos señalado reiteradamente, la conexión existente entre el artículo 23.2 y el artículo 103.3 de la CE obliga a que los requisitos establecidos en los procedimientos de acceso a la función pública deban contenerse en una norma con rango de ley. Por lo que resulta constitucionalmente proscrita la posibilidad de que la Administración, por vía reglamentaria o mediante actos de aplicación, pueda incorporar nuevos requisitos carentes de toda cobertura legal, estableciendo criterios no fijados por la norma estatal.

6. La consideración de la antigüedad o la experiencia en el puesto como méritos y su compatibilidad con el principio de igualdad en el acceso al empleo público.

Se ha reseñado el criterio del Tribunal Constitucional de que no toda desigualdad de trato supone infracción del artículo 14 de la Constitución española, sino únicamente aquella que carece de una justificación objetiva y razonable. Sin embargo, se añade que, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que con la misma se persigue, sino que, además, resulte indispensable que las consecuencias jurídicas de tal diferenciación sean adecuadas y superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional.

En suma, se exige una justificación objetiva y razonable y el respeto del principio de proporcionalidad, para que la situación de desigualdad sea considerada legítima desde el punto de vista constitucional. Así pues, conforme a la doctrina del TC, “el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrados en el artículo 23.2 de la Constitución ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del artículo 103.3 de la Constitución y referido a los requisitos que señalen las leyes, lo que concede al legislador un ‘amplio margen’ en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación limitada por la necesidad de no crear desigualdades que resulten arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad enunciados”. Entiende que existe un fundamento objetivo y razonable para

la consolidación del empleo público temporal. El objetivo no es otro que disminuir las elevadas tasas de temporalidad a través de instrumentos absolutamente rigurosos en el cumplimiento de los principios básicos en el acceso al empleo público, pero que, al mismo tiempo, tengan en cuenta la experiencia alcanzada en el desempeño del puesto con carácter temporal o interino.

La jurisprudencia constitucional indica que “la finalidad de consolidar el empleo público temporal no puede considerarse *a priori* constitucionalmente ilegítima, ya que pretende conseguir estabilidad en el empleo para quienes llevan un período más o menos prolongado de tiempo desempeñando satisfactoriamente las tareas encomendadas”. Por ello no hay duda de que la experiencia es, desde luego, un mérito, y conferir relevancia a su disfrute no sólo no es contrario a la igualdad, sino que, en tanto que cualidad susceptible de justificar una diferencia de trato, es compatible con el art. 14 de la Constitución y es condición de obligada relevancia en atención a criterios tales como los de eficacia en la prestación de servicios por parte de la Administración pública”. El peligro radica en que, aunque nos situemos formalmente ante un concurso de libre acceso al empleo público, la sobrevaloración de la experiencia y antigüedad en el baremo de los méritos y la finalidad confesada del proceso selectivo (la consolidación de empleo temporal) lleve a la conclusión de que realmente se está ante unas pruebas restringidas. Por eso son importantes los matices de la doctrina constitucional, esto es, las reglas del procedimiento para el acceso a los cargos y funciones públicas y entre ellas, las convocatorias de concursos y oposiciones, ex artículo 23. 2 de la Constitución.

A partir de esta doctrina del TC, la jurisdicción ordinaria mantiene, en primer lugar, que es constitucional y legalmente posible la transformación automática, sin sujeción a un proceso selectivo público; en segundo lugar, admite excepcionalmente que en el sistema de valoración de méritos primen, incluso de manera notable, los servicios prestados en una Administración.

Los distintos Tribunales Superiores de Justicia han venido ateniéndose a aquella jurisprudencia constitucional en el enjuiciamiento de regulaciones legales autonómicas o recogidas en convenios colectivos sobre consolidación de empleo temporal en las administraciones públicas. Sin embargo, en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, en sentencia de 18 de abril de 2008, en relación con la disposición transitoria cuarta de la Ley del Parlamento de Andalucía por la que se aprobaron medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta y otras entidades, de recaudación, contratación, función pública y fianzas de arrendamientos y suministros,

relativas al baremo que figura como anexo a la misma, en lo relacionado a la puntuación de la fase de concurso, por posible contradicción con los arts. 14 CE y 23.2 CE, y que ha sido resuelta por la sentencia 27/2012 del TC, el Alto Tribunal tuvo que examinar si las valoraciones que esas contenían en la norma impugnada sobre la experiencia profesional de los candidatos respetaba o no el principio de igualdad que garantiza el artículo 23.2 CE o si, por el contrario, se daba una desproporción del precepto en beneficio de unos candidatos y perjuicio de otros que conllevara la vulneración del precepto constitucional. En el presente caso, el Tribunal Constitucional estimó que la valoración de la experiencia profesional en la citada norma andaluza implicaba un beneficio desproporcionado y no objetivo a unos participantes en el proceso selectivo respecto a otros. La valoración de la experiencia valía un máximo de 9,5 puntos, mientras que los demás méritos, aun en su puntuación máxima posible, solamente alcanzaban los 5 puntos; es decir, el valor mérito “experiencia profesional” tenía prácticamente el doble de valor que la suma de todos los demás méritos, con la circunstancia, no menor, de que la fase de concurso tenía carácter eliminatorio, siendo relevante además que era necesario obtener 4 puntos para superarla.

La sentencia del TC 27/2012, de 1 de marzo de 2012, nos interesa por cuanto señala:

“Debe recordarse que en otras ocasiones, por todas la STC 67/1989, de 18 de abril, se consideró a la luz de las concretas circunstancias del caso, que el hecho de que la valoración de los servicios prestados alcanzara el 45% de la nota total, era acorde con el art. 23.2, pero se llegó a dicha conclusión no solamente por “las especiales circunstancias creadas por la puesta en marcha de la Administración autonómica, y a la necesidad de contar inmediatamente con personal propio que justificaba la desproporción en la valoración, sino también porque los participantes damnificados, al menos contaban con la posibilidad de que sus ‘méritos personales se muestren en fase de oposición’”, para cuyo acceso no se establecía nota de corte. Un argumento similar se señaló en las SSTC 83/2000, de 27 de marzo y 107/2003, de 2 de junio, afirmándose en esta última que “la puntuación otorgada a quienes poseían servicios previos computables, aunque es cierto que otorga una singular ventaja a estos aspirantes (en mayor grado cuantos más años de servicios prestados acreditasen, con el máximo indicado), no excluye de la competición a quienes carecen de dicho mérito, pese a que se imponga a estos opositores ‘por libre’, para situarse a igual nivel de puntuación que los opositores interinos, un nivel de conocimiento superior pero sin que ello signifique el establecimiento de un obstáculo insalvable que impida el acceso a la función pública de quienes no hayan prestado servicios previamente”.

II. Los procesos de consolidación de empleo en la docencia pública no universitaria

En el ámbito estrictamente docente, los procesos de consolidación han estado plenamente vigentes en España durante muchos años. El Real Decreto-Ley 22/1977, de 30 de marzo, de reforma de la legislación sobre funcionarios de la Administración Civil del Estado y Personal Militar de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, implantó un sistema excepcional de acceso en el que se reservaba un porcentaje determinado de las vacantes existentes para su provisión entre el funcionariado interino. De facto, la Disposición adicional quinta, apartado dos, estableció que durante un periodo de cinco años en las convocatorias de acceso a la función pública podrían reservarse determinadas vacantes existentes para su provisión entre funcionarios/as interinos/as y personal contratado de colaboración temporal que prestasen servicios a la entrada en vigor del Decreto-Ley y que continuaran prestándolos al publicarse la convocatoria.

Si bien inicialmente este sistema estaba previsto para un periodo transitorio de cinco años, los procedimientos excepcionales para el acceso a la función docente continuaron plenamente vigentes hasta el Real Decreto Ley 4/1983, de 4 de agosto, de medidas urgentes para el comienzo del curso 1983/1984, que autorizó durante tres años más la reserva de un porcentaje determinado de plazas para el funcionariado interino.

III. El sistema excepcional de acceso de la Ley 1/1990 Orgánica General del Sistema Educativo

La Disposición transitoria quinta de la LOGSE estableció un sistema excepcional de acceso que fue desarrollado por el Real Decreto 574/1991, de 22 de abril, por el que se reguló transitoriamente el ingreso a la función pública docente.

La constitucionalidad del sistema transitorio LOGSE fue ratificada por la sentencia del TC 185/1994, de 20 de junio, en la que el tribunal, si bien reconoce que no estamos ante un proceso irrepetible por crearse una nueva Administración, justifica esa desigualdad de trato en la importante reforma educativa que supuso la LOGSE, que “puede requerir que se adopten medidas de carácter excepcional y transitorio”, entre ellas las orientadas a la adecuada cualificación del profesorado. El tribunal admite un sistema de ingreso en el que se favorece el acceso de aquellos aspirantes que previamente hubiesen sido contratados, como medio para resolver el problema de interinidad en el desempeño de las plazas existentes en las administraciones educativas. Según el TC, “el trato de favor concedido a los aspirantes que con anterioridad hubiesen desempeñado tareas

docentes como funcionarios interinos posee un carácter excepcional y deriva de una circunstancia vinculada a una finalidad constitucionalmente legítima, como es la de normalizar la situación del personal al servicio de las Administraciones educativas y mejorar su cualificación. Por eso, si la LOGSE entraña la reforma del sistema educativo en su conjunto y los poderes públicos han de prestar una atención prioritaria al conjunto de factores que favorecen la calidad y mejora de la enseñanza, entre otros se cuenta, obviamente, la adecuada cualificación del profesorado, incluido el que ha venido desempeñando sus funciones con carácter interino”.

Esta sentencia supone un nuevo planteamiento sobre la doctrina. Por un lado, se supera la exigencia de una única convocatoria, derivada de un proceso único e irrepetible, pues la disposición transitoria objeto de la sentencia permite la realización de este sistema excepcional durante tres convocatorias. El Tribunal entendió que la posibilidad de tres convocatorias no resultaba desproporcionada teniendo en cuenta que el calendario de implantación de la LOGSE abarcaba diez años, pero, además, la sentencia legitima la práctica de estos procesos selectivos excepcionales, no sólo por la creación de nuevas administraciones autonómicas, sino también por la existencia de reformas legislativas en sectores que, como el educativo, merezcan por su importancia una consideración singular. Esto supone, sin duda, un criterio mucho más permisivo que el establecido en la sentencia del TC 27/1991 que hablaba de un proceso único e irrepetible.

IV. El concurso, más meritorio que la oposición

Respecto a este epígrafe, debemos referir, en concreto, la Disposición transitoria quinta de la LOGSE, apartado 2, que estableció que las tres primeras convocatorias de ingreso en la función pública docente que se produjeran después de la entrada en vigor de la Ley se realizarían conforme a un sistema de selección en el que se valoraran los conocimientos sobre los contenidos curriculares que deberían impartir los candidatos seleccionados y su dominio de los recursos didácticos y pedagógicos, así como los méritos académicos. Entre estos, tenían una valoración preferente los servicios prestados en la enseñanza pública. Finalmente el texto prescribía que “para la selección de los aspirantes se tendrá en cuenta la valoración ponderada y global de ambos apartados”, es decir, los conocimientos de los candidatos y sus méritos académicos.

En desarrollo de esta Disposición transitoria, se aprobó el Real Decreto 574/1991, del Ministerio de Educación y Ciencia, que reguló transitoriamente el ingreso en los cuerpos de funcionarios docentes. Se basaba, por un lado, en la valoración de los conocimientos sobre los contenidos curriculares propios de la especialidad a la que optaban los candidatos y su dominio de los recursos didácticos y pedagógicos; se llevaba a cabo a través de la exposición oral por el aspirante ante el tribunal de un tema de la especialidad correspondiente y de su planteamiento didáctico. La exposición era seguida de un debate con el tribunal. Los tribunales valoraban esta fase del proceso selectivo entre cero y diez puntos. Respecto a la fase de concurso, tenían la consideración de méritos, además de la experiencia previa, las calificaciones contenidas en el expediente académico correspondiente al título exigido para el ingreso, los cursos de formación y perfeccionamiento superados, así como los otros posibles méritos relacionados con el expediente académico incluidos en la convocatoria. Conforme a este sistema, superaban la fase de oposición quienes hubieran obtenido al menos cinco puntos, agregando a la nota la de la prueba de conocimientos.

V. El sistema excepcional de acceso de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación

16

La vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, establece en su disposición transitoria decimoséptima nuevamente un sistema excepcional de acceso previsto para un periodo temporal de cuatro años. Este sistema estuvo operativo desde el año 2007, en el que se aprobó la Ley de Educación, hasta el año 2011.

La Disposición transitoria decimoséptima de la LOE, bajo el epígrafe “acceso a la función pública docente”, establece en su apartado 1 lo siguiente:

“El Ministerio de Educación y Ciencia propondrá a las Administraciones educativas, a través de la Conferencia Sectorial de Educación, la adopción de medidas que permitan la reducción del porcentaje de profesores interinos en los centros educativos, de manera que en el plazo de cuatro años, desde la aprobación de la presente Ley, no se sobrepasen los límites máximos establecidos de forma general para la función pública”.

Hemos visto hasta ahora cómo el Tribunal Constitucional ha validado diversos sistemas excepcionales de acceso bajo unas determinadas condiciones. La sentencia del TC 27/1991 argumentó que la creación de una nueva Administración autonómica suponía una situación especial que justificaba el establecimiento de un sistema excepcional de acceso por una sola vez. Posteriormente, la sentencia del TC 185/1994 validó el sistema

transitorio LOGSE al entender que esta Ley suponía una reforma integral del sistema educativo con importantes repercusiones en todos los aspectos de la enseñanza, incluido el profesorado, que justificaba un procedimiento excepcional de acceso que favorecía al funcionariado interino.

El sistema transitorio regulado en la LOE persigue una finalidad que el Tribunal ha venido considerando legítima, como es la de consolidar el empleo público temporal (sentencia del TC 107/2003, de 2 de junio). La LOGSE supuso una reforma global y en profundidad del sistema educativo, para adaptar su estructura y funcionamiento a los mandatos que en materia educativa se derivan de la Constitución, y tuvo indudable trascendencia en todos los aspectos del sistema educativo.

La Disposición transitoria decimoséptima, apartado 2 de la LOE, establece una fórmula que nos recuerda a las vistas en otras épocas y situaciones:

“Durante los años de implantación de la presente Ley (cinco años), el acceso a la función pública docente se realizará mediante un procedimiento selectivo en el que en la fase de concurso se valorarán la formación académica y, de forma preferente, la experiencia docente previa en los centros públicos de la misma etapa educativa, hasta los límites legales permitidos. La fase de oposición, que tendrá una sola prueba, versará sobre los contenidos de la especialidad que corresponda, la aptitud pedagógica y el dominio de las técnicas necesarias para el ejercicio de la docencia”.

Este sistema excepcional de acceso tuvo su desarrollo normativo en el RD 276/2007, de 23 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes, y concretamente en el Título VI del Real Decreto. El artículo 58 de la mencionada disposición determinó las líneas maestras del sistema de acceso.

Lo novedoso respecto a los sistemas habituales de acceso a la función docentes era que las distintas pruebas no eran eliminatorias. Ello suponía que el aspirante que no superara la parte A, que tenía por objeto la demostración de los conocimientos específicos de la especialidad para impartir docencia, no quedaba eliminado si obtenía en la parte B los puntos necesarios para alcanzar el cinco.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de julio de 2013, consideró ajustada a derecho la convocatoria que invocaba como normativa marco aplicable a la misma la Disposición Adicional Duodécima y la Disposición Transitoria Decimoséptima de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación; y la normativa de desarrollo de la

anterior regulación legal constituida por el Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero. En las bases de dicha convocatoria se establecía que el sistema de selección constaría de una fase de oposición y otra de concurso. La fase de oposición consistiría en una única prueba estructurada en dos partes que no tendrían carácter eliminatorio: una parte A, consistente en el desarrollo por escrito de un tema elegido por el aspirante de entre tres extraídos al azar; y una parte B, cuyo objeto sería la comprobación de la aptitud pedagógica del aspirante y su dominio de las técnicas necesarias para el ejercicio de la docencia, y consistente (B.1) en la presentación de una programación didáctica y (B.2) en la preparación y exposición oral ante el tribunal de una unidad didáctica relacionada con la programación presentada por el aspirante. Respecto de esa preparación y exposición, el contenido de la unidad didáctica lo elegiría el aspirante de entre tres extraídos al azar por él mismo de su propia programación; se dispondría de una hora para la preparación, pudiendo utilizar el material que se considerara oportuno; y la exposición ante el tribunal tendría carácter público.

El punto 5.1.3, apartado B.2), párrafo cuarto y siguientes de esas mismas bases establecía la posibilidad de que el interesado optara por un “informe sustitutivo del ejercicio B.2”, pero limitaba esta opción a aquellos aspirantes que fueran funcionarios interinos del Cuerpo de Maestros en activo al término del plazo de presentación de solicitudes de participación en el proceso selectivo y acreditaran, al menos, seis meses ininterrumpidos de servicios prestados entre el 1 de septiembre de 2006 y la fecha en la que finalizase el plazo. En este punto la misma sentencia del TS declaró nula la opción del informe sustitutivo, pero lo cierto es que la comunidad de Castilla-La Mancha, administración convocante, no fue a amparo al TC, por lo que nos queda la duda de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del informe sustitutivo.

VI. Los requisitos que habilitan la utilización del artículo 19 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017

La reflexión sobre la temporalidad en la Administración pública ha llevado a adoptar determinadas medidas. En este sentido, cabe mencionar el Acuerdo para la mejora del empleo público, firmado por el Gobierno y los sindicatos el 29 de marzo de 2017, y el Real Decreto-ley 6/2017, de 31 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público en los ámbitos de personal docente no universitario y universitario, Fuerzas Armadas,

Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Cuerpos de Policía dependientes de las comunidades autónomas para 2017 y la negociación para la inclusión de una amplia oferta de empleo público en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017, negociación que tuvo su fruto, avalada por CCOO.

En su artículo 19, la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (BOE de 28 de junio) regula la Oferta de Empleo Público u otro instrumento similar de gestión de la provisión de necesidades de personal. Este precepto vincula no solo a la Administración del Estado, sino a todas las administraciones públicas. En el mismo se establece una tasa de reposición de efectivos del 100% para los colectivos prioritarios, procesos extraordinarios para la reducción de empleo temporal y de consolidación de plazas ocupadas de forma temporal desde antes de enero de 2015. Para calcular la tasa de reposición se calculará la diferencia entre el número de empleados fijos que, durante el ejercicio presupuestario de 2016, dejaron de prestar servicios en cada uno de los sectores, ámbitos, cuerpos o categorías previstos y el número de empleados fijos que se hubieran incorporado en los mismos, en el referido ejercicio, por cualquier causa, excepto los procedentes de ofertas de empleo público, o reingresado desde situaciones que no conlleven la reserva de puestos de trabajo. A estos efectos, se computarán los ceses en la prestación de servicios por jubilación, retiro, fallecimiento, renuncia, declaración en situación de excedencia sin reserva de puesto de trabajo, pérdida de la condición de funcionario de carrera o la extinción del contrato de trabajo o en cualquier otra situación administrativa que no suponga la reserva de puesto de trabajo o la percepción de retribuciones con cargo a la Administración en que se cesa.

De este modo, no computarán dentro del límite máximo de plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos aquellas que se convoquen para su provisión mediante procesos de promoción interna, lo que significa que las plazas de promoción interna no deben restar a las de turno libre. Asimismo, se puede disponer de una tasa adicional para estabilización de empleo temporal que incluirá hasta el 90% de las plazas que estando dotadas presupuestariamente hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpida al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2016. Dado que en este artículo se habla de “tasa adicional”, se entiende que se trata de ofertas de empleo extraordinarias e independientes de las ordinarias. Las ofertas de empleo que articulen estos procesos de estabilización deberán aprobarse y publicarse en los respectivos diarios oficiales en los ejercicios 2017 a 2019. La tasa de cobertura temporal en cada ámbito deberá situarse al final del periodo por debajo del 8%. En todo caso,



en estos procesos selectivos se garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad. La validez de dicha autorización tiene un plazo improrrogable de tres años.

El artículo 19 de la LPGE para 2017 establece la consolidación de empleo público, por lo tanto es una medida potestativa de las administraciones públicas, que puede aplicarse tanto a personal funcionario interino como a personal temporal. Esta habilitación legal tiene carácter transitorio y por supuesto excepcional. Esta vía excepcional favorece la consolidación de empleo respetando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como los principios y reglas legales sobre selección de personal por la Administración pública.

