

## ***Las dudas de constitucionalidad de los procesos de estabilización del empleo público temporal***

***(Reformas sobre inclusión y empleo en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Cuestiones actuales)<sup>1</sup>***

Josefa Cantero Martínez  
Catedrática de Derecho Administrativo UCLM

Algunos de los procesos de estabilización previstos en la *Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*, me suscitan ciertas dudas de constitucionalidad por su intensa incidencia en el derecho fundamental a la igualdad y por el trato de favor que dan al personal interino, ya sea laboral o funcionarial. La igualdad no solo es un principio establecido en el art. 14 de la Constitución al señalar que todos los españoles son iguales ante la ley. Es un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico proclamado en su art. 1 al señalar que “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”, y es además un derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 de la CE al señalar que los ciudadanos “*tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*”. Todo ello nos indica claramente que nuestra Constitución ha optado por un sistema meritocrático para todos los servidores públicos, toda vez que obliga a que el acceso a las funciones públicas se efectúe en condiciones de **igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad**, según se establece en los artículos 23.2 y 103.3 CE. Este último precepto exige a la Administración Pública que el desempeño de su actividad se realice con garantía de objetividad e imparcialidad y con sometimiento al principio de eficacia. Este principio constitucional presupone una función pública altamente profesionalizada porque, en caso contrario, difícilmente una Administración podría actuar de forma eficaz si no cuenta con los mejores empleados públicos, esto es, los que han demostrado tener mayor mérito y capacidad en un proceso selectivo riguroso al que han podido concurrir en condiciones de igualdad todos aquellos aspirantes que reúnan los requisitos establecidos en la convocatoria y deseen acceder a la función pública.

Desde esta perspectiva, nuestra Constitución exige convocatorias públicas, abiertas o libres y, en este sentido, supone una limitación fundamental a la práctica de las pruebas restringidas para el acceso a la función pública y a los procesos selectivos que puedan suponer un desmedido trato de favor a unos aspirantes respecto a otros. La oposición es uno de los métodos más respetuosos con el principio de igualdad y con el de eficacia en la medida en que todos los candidatos parten desde la misma casilla de salida en la competición. Es el sistema que permite mediante un procedimiento de concurrencia competitiva elegir a los mejores, a los que han demostrado mayor mérito y capacidad. No hacerlo así tiene un alto coste para la organización. Implica la posibilidad de que se

<sup>1</sup> Texto escrito de la conferencia pronunciada el día 21 de junio en Córdoba.

incorporen a la Administración personas que no son las mejores y que, por consiguiente, arrastrarán tras de sí déficits notables de conocimientos, destrezas, aptitudes y actitudes (competencias). Ello acaba afectando a la organización y a los derechos de los ciudadanos.

Y este principio de eficacia también afecta a la organización pues solo tiene sentido estabilizar plazas que realmente responden a una necesidad organizativa, porque existen funciones y tareas que es preciso desarrollar por un empleado público. Así lo ha justificado de forma inconcusa la doctrina del TC. Por ello, el legislador del 2021 fue cuidadoso en este sentido y prohibió que como consecuencia de los nuevos procesos de funcionarización se pudieran crear nuevas plazas. Ahora, con la reforma introducida en 2023 se rompe este principio, que supuestamente llevará a una duplicación de puestos de trabajo.

A partir de este planteamiento, nuestro legislador y nuestra doctrina constitucional han permitido que, en determinadas circunstancias, a los que ya son funcionarios interinos o laborales temporales, se les pueda dar un trato de favor respecto de los demás aspirantes. La cuestión básica ¿tiene ello algún límite? ¿Hasta dónde puede llegar este trato de favor?

El trato de favor dado al personal interino ha ido creciendo notablemente con cada una de las reformas llevadas a cabo en estos últimos años.

- a) El **Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público**, daba importantes ventajas al interino al permitir que sus años de trabajo en la Administración pudieran suponer el 40% de su nota. No obstante, esta medida se establecía con carácter excepcional y para cerrar definitivamente los procesos de estabilización. Además, no negaba de raíz la posibilidad de que cualquier opositor pudiera acceder a la función pública, aunque tuviera que hacer un esfuerzo mayor en la fase de oposición. La constitucionalidad de este método de selección ha sido avalada por reciente Sentencia del TC.
- b) La **Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público**, dio un paso más en esta materia que, a mi juicio, plantea serias dudas de constitucionalidad. Desdiciéndose de lo que había dicho en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 14/2021, introdujo un nuevo proceso de estabilización que da un trato de favor muy considerable al personal temporal de la Administración. Este polémico proceso de estabilización mediante un mero concurso de méritos se introdujo finalmente en el texto de la ley como consecuencia de una enmienda transaccional acordada con los partidos nacionalistas. En sus disposiciones adicionales sexta y octava se observa ya una maniobra del legislador para estabilizar directamente a las personas.
- c) Con la última reforma del Gobierno, este trato de favor se ha transfigurado directamente en una garantía de acceso al empleo público. Me refiero al **Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la**

***Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.*** Da una segunda oportunidad a los interinos que han suspendido la oposición o el concurso-oposición. Establece una tasa de reposición adicional y en su art. 217 contiene una nueva previsión sobre este procedimiento. Autoriza una tasa adicional a las Administraciones Públicas para que convoquen procesos selectivos conforme a la disposición adicional octava de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas para reducir la temporalidad en el empleo público, con la finalidad de garantizar en todo el territorio el derecho de acceso a los procesos de estabilización en condiciones de igualdad.

El número de plazas de la tasa adicional será el equivalente a aquellas de naturaleza estructural, ocupadas de forma temporal a 30 de diciembre de 2021, por personal con una relación de esa naturaleza anterior al 1 de enero de 2016, que no hubiera superado el proceso de estabilización convocado con un sistema selectivo distinto al previsto en la disposición adicional octava de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre. El trato de favor se convierte directamente en una garantía de acceso para aquellos interinos que han demostrado que, a pesar de las ventajas concedidas en el proceso selectivo, no lo han superado. Han demostrado que no tienen tanto mérito ni tanta capacidad como otros candidatos para acceder al empleo público. Ahora, solo para ellos, se les concede una nueva oportunidad por un sistema de selección mucho más sencillo en el que no van a tener que acreditar ningún conocimiento en una fase de oposición. El sistema selectivo se debilita notablemente. Ya no hay ninguna garantía de que acceden los mejores a la Administración. La selección se convierte meramente en un paripé jurídico.

En principio, el derecho fundamental a la igualdad y el resto de exigencias constitucionales vinculadas al mérito, capacidad y eficacia de la actuación administrativa resultan comprometidas si se permitiera el acceso al empleo público a través de unos mecanismos que no fueron ofrecidos con carácter general a la totalidad de personas (pruebas restringidas) o que concedan un trato de favor a unos participantes sobre otros, en este caso a los funcionarios interinos o laborales temporales sobre el resto de opositores de la calle. Aunque bien es cierto que nuestro Tribunal Constitucional ha permitido en ocasiones establecer importantes matizaciones a estos principios y admite dar cierto trato de favor al personal de la casa.

No toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. El art. 23.2 de la Constitución no prohíbe toda diferencia de trato que en este caso pueda hacerse entre cualquier opositor y el personal funcional interino. El principio de igualdad solo resulta vulnerado cuando la diferencia de trato está desprovista de una justificación objetiva y razonable, debiendo apreciarse la existencia de dicha justificación en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, de modo tal que exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Podemos plantearnos si la necesidad imperiosa de reducir la tasa de la temporalidad en la Administración lo justifica.

Como punto de partida, la finalidad de estabilizar la función pública no es ilegítima desde el punto de vista constitucional. Se trata de una solución para funciones estructurales de la Administración y del personal que las ocupa de forma prolongada. Valorar la

antigüedad, la experiencia o los servicios previos es también legítimo, pero es una cuestión cuantitativa, de porcentajes.

En los procesos de estabilización que se han llevado a cabo en los últimos años se han venido aplicando varios procedimientos diferentes que cada vez han ido concediendo más trato de favor a los empleados interinos. Puede decirse que los más respetuosos y rigurosos han sido los derivados de las leyes de presupuestos generales del Estado de 2017 y 2018, que después se acentuaron de modo muy importante con los dos procesos de estabilización derivados de la ley 20/2021 y que estos privilegios se han incrementado de forma escandalosa -y ya sin pudor- con el RD Ley 5/2023.

Nos vamos a centrar en los dos procesos de estabilización previstos en la ley 20/2021, de 28 de diciembre para analizar en qué ha consistido el trato de favor en cada uno de ellos.

## 1. LA ESTABILIZACIÓN MEDIANTE CONCURSO-OPOSICIÓN

Este proceso selectivo está previsto en el art. 2.4 de la ley. Es un proceso de estabilización adicional a los dos que provienen de las LPGE de 2017 y 2018. Incluye las plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas y estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020.

La articulación de estos procesos selectivos que, en todo caso, garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, podrá ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración General del Estado, comunidades autónomas y entidades locales, pudiendo articularse medidas que posibiliten una coordinación entre las diferentes Administraciones Públicas en el desarrollo de los mismos en el seno de la Comisión de Coordinación del Empleo Público. La medida, pues, se esfuerza por armonizar de manera justa los distintos intereses generales que hay en juego. Sin perjuicio de lo establecido en su caso en la normativa propia de función pública de cada Administración o la normativa específica, el sistema de selección será el de **concurso-oposición**, con una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate **pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en la fase de oposición**, en el marco de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

En el supuesto de que en la normativa específica sectorial o de cada Administración así se hubiera previsto, los mecanismos de movilidad o de promoción interna previos de cobertura de plazas serán compatibles con los procesos de estabilización.

## 2. LA ESTABILIZACIÓN MEDIANTE CONCURSO

Se regula en la disposición adicional sexta, en relación con la octava. **Convocatoria excepcional de estabilización de empleo temporal de larga duración.** Las Administraciones Públicas convocarán, con carácter excepcional y de acuerdo con lo previsto en el artículo 61.6 y 7 del TREBEP, por el sistema de concurso, aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016. Estos procesos, que se realizarán por una sola vez, podrán ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales y respetarán, en todo caso, los plazos establecidos en esta norma. En relación con ello, la Disposición adicional octava incluye también a las plazas vacantes de naturaleza estructural ocupadas de forma temporal por personal con una relación de esta naturaleza anterior al 1 de enero de 2016.

Este nuevo procedimiento dio un nuevo giro a la reforma e introdujo importantes dosis de inseguridad jurídica por las dudas que plantea su compatibilidad con el art. 23.2 de la Constitución. Obliga a las Administraciones a convocar un concurso, con carácter excepcional y por una sola vez, para aquellas plazas que hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016.

A partir de aquí, este nuevo giro del legislador ya hace surgir las dudas de que en realidad no se trata de procesos de estabilización de plazas, sino de personas. Estas dudas se agudizan a raíz del Real Decreto-Ley 5/2023 y de la tasa adicional de estabilización por concurso que prevé su art. 217. Con este precepto, el concurso, tal como había establecido la exposición de motivos de la ley 20/2021 para justificarlo, ya deja de ser algo excepcional y que se realizará por una única vez para convertirse en algo “ordinario” y que se repite. El concurso deja de convertirse en un proceso de estabilización de plazas para convertirse directamente en un proceso de estabilización de personas, de interinos y deja de responder a una situación o necesidad organizativa porque va a suponer seguramente la creación de nuevas plazas, con independencia de las necesidades de la Administración. El trato de favor se convierte claramente en una “garantía de acceso” para los opositores que no consiguieron estabilizar sus plazas en procesos anteriores.

La tasa adicional que añade el RDL 5/2023 implica varias condiciones:

- Que estemos ante plazas de carácter estructural.
- Que las plazas estén ocupadas de forma temporal a 30 de diciembre de 2021, es decir, al menos desde la entrada en vigor de la Ley 20/2021.
- Que se encuentren ocupadas desde esa fecha, además, por personal que tuviera una relación temporal con origen anterior al 1 de enero de 2016. Lo relevante ya no es la plaza, sino el empleado público.
- Y que dicho personal no hubiera superado un proceso selectivo de estabilización distinto al previsto en la disposición adicional octava de la Ley 20/2021, que recordemos, remite para el personal, al proceso extraordinario previsto en la disposición adicional sexta de la propia norma, esto es, un concurso. Es decir, se le da una nueva oportunidad al aspirante que ha suspendido porque, a pesar de su



experiencia en la Administración, no tiene mérito ni capacidad suficiente para realizar las funciones de su cuerpo o, en su caso, de su puesto de trabajo.

El precepto requerirá de esfuerzos interpretativos importantes, en tanto que no concreta temas importantes, como el hecho de que, contraviniendo la lógica del modelo y lo dispuesto en la Ley 20/2021, el resultado de este procedimiento será un incremento de plazas (la ocupada por quien la hubiera obtenido en el procedimiento original de estabilización y la que resulte de este nuevo e inaudito procedimiento extraordinario). Y ello porque no es posible anular la plaza obtenida en el procedimiento de origen. Tampoco concreta este nuevo precepto el ámbito temporal en que hubieran podido convocarse los procedimientos resueltos por procedimiento distinto del previsto en la disposición adicional sexta en relación con la disposición adicional octava de la Ley 20/2021, ni hasta cuándo es posible la tasa adicional de este artículo 217 RDL 5/2023, esto es, si es posible aplicarla para procedimientos en desarrollo y no finalizados o que se puedan desarrollar, y cuya OEP se corresponda con el año 2021 o anteriores.

Ciertamente el legislador se ha encontrado ante un tema muy complejo de resolver pero que, a mi juicio, se ha resuelto claramente dando un trato de favor excesivo a los interinos de larga duración.

La solución era compleja porque el Estado español se encontraba acorralado por la jurisprudencia comunitaria y una norma que en ese momento todavía no había sido transpuesta: la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (en adelante, Acuerdo Marco) y de la jurisprudencia comunitaria que la ha interpretado, con especial intensidad desde el año 2016. La norma parte de la idea esencial de que el derecho a la estabilidad en el empleo es un componente primordial de la protección de los trabajadores. La Unión Europea ha dirigido indicaciones a España sobre la necesidad de acometer reformas estructurales para atajar la excesiva temporalidad, que han sido recogidas en el componente 11 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. De ello se deriva un marcado carácter tuitivo y protector del trabajador (empleado público). Ahora bien, la cláusula, en contra de lo que se ha dicho, no impone ninguna medida concreta de prevención y sanción, sino que lo deja directamente a los Estados miembros para adopten las medidas necesarias atendiendo al CONJUNTO DE NORMAS DE SU DERECHO INTERNO, es decir, armonizando estos fines protectores del trabajador con las normas de Derecho público y, obviamente, con el marco constitucional del empleo en la Administración, que exige el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Conviven también determinadas visiones interesadas del problema y una aplastante presión por parte de interinos, de sindicatos y de importantes despachos de abogados que tienen como clientes a miles de interinos y que arengan en las redes sociales consignas como “fijeza ya” o “la fijeza es constitucional”. Y, sobre todo, el tema es difícil de abordar por la propia complejidad de la materia por la existencia de varios intereses concurrentes. Los procesos de estabilización se plantean como solución al problema del abuso de la temporalidad. Plantean una dualidad (estabilización de plazas o de personas) de difícil solución que se deja ver en la ley: carácter tuitivo del Derecho comunitario y protección

de derechos fundamentales y principios de derecho público. Chocan intereses públicos y privados:

- a. El de los funcionarios interinos afectados, que sufren la incertidumbre de una prolongada interinidad. SUPUESTAMENTE SUFREN UNA SITUACIÓN DE ABUSO, SEGÚN LA CLÁUSULA 5 DEL ACUERDO MARCO. Llevan mucho tiempo desempeñando funciones públicas y posiblemente han perdido el entrenamiento en la preparación de oposiciones excesivamente memorísticas. Desean, como es lógico, su estabilidad profesional, pero se han convertido en víctimas y victimarios (Nevado Batalla Moreno). La normativa comunitaria pretende básicamente proteger a las personas, a los empleados públicos que ocupan los puestos de trabajo temporales, ya sea en el ámbito privado ya sea en el ámbito de las Administraciones públicas y de sus respectivos sectores públicos institucionales.
- b. El de los opositores, el de los aspirantes a un primer empleo en el sector público. Sus expectativas y su derecho fundamental a acceder a la función pública en condiciones de igualdad, tal como lo consagra el art. 23.3 de la Constitución, pueden verse completamente frustradas dependiendo de cómo se configuren finalmente las convocatorias de cada uno de los procesos de estabilización que se van a llevar a cabo en los próximos años para reducir estas elevadas tasas de temporalidad. Se afecta a su DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD.

Ello supone un RETO IMPORTANTE para las Administraciones, que deben intentar armonizar todos estos intereses dentro de los márgenes que permite la ley y dentro del marco constitucional a la hora de elaborar las bases de las convocatorias. Posiblemente se produzcan muchas impugnaciones de procesos selectivos, aunque hay algunas comunidades autónomas que han optado directamente por regular estos procesos en una norma con rango de ley para evitarlas o dificultarlas (*Decreto ley 6/2022, de 13 de junio, de nuevas medidas urgentes para reducir la temporalidad en el empleo público de las Illes Balears*).

¿Qué dice nuestra Constitución al respecto?

**Nuestra constitución no toleraría una conversión automática del funcionario interino o del contratado temporal en personal fijo de plantilla ni en funcionario de carrera. Los principios rectores del acceso a la Administración lo impedirían.** Tampoco ello viene exigido por el Derecho Comunitario. Ej. SAN de 30 de marzo de 2021 ante el ejercicio del derecho de petición del art. 29 de la Constitución y Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, ejercitado por médicos forenses interinos.

Tampoco la **realización de procesos de estabilización no supone una vulneración de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco** suscrito entre la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, incorporado como anexo a la Directiva comunitaria 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999. Así lo han reconocido, entre otras muchas, la STS de 24 de enero de 2023, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Sentencia num. 78/2023) o la de 14 de junio de 2023. La Administración ha buscado

poner fin al abuso de la temporalidad proveyendo las plazas vacantes con funcionarios de carrera mediante procedimientos selectivos basados en criterios de mérito y capacidad. Así, el Auto del Tribunal Constitucional 427/2023, de 11 de septiembre, publicado en el BOE de 12 de octubre de 2023 ha inadmitido el primero de los más de 600 recursos de amparo planteados frente a la jurisprudencia del TS que no convierte el vínculo temporal en indefinido cuando constata que ha habido un abuso de la directiva comunitaria. Los procesos de estabilización, en principio, no suponen una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la cláusula 5ª de la Directiva, a diferencia de la 4ª, no tiene efecto directo y «no es, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional». Por ello, «un tribunal nacional no está obligado a dejar sin aplicación una disposición de su Derecho nacional contraria a la cláusula 5, apartado 1, del acuerdo marco» (STJUE Sánchez Ruiz, § 120).

**Ello es así porque la adquisición de la condición de funcionario de carrera solo puede producirse tras la superación del correspondiente proceso selectivo.** El proceso selectivo actúa como filtro para el acceso a la función pública, pues es el instrumento o técnica que permite hacer efectivos los principios rectores del acceso a la Administración, esto es, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. **La conversión automática resultaría también contraria al principio de eficacia** que proclaman los puntos 1 y 3 del art. 103 de la Constitución y supondría un desconocimiento de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, que establecen el derecho fundamental de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a la función pública.

### 3. LA IGUALDAD EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA Y AL EMPLEO PÚBLICO

El derecho a la igualdad consagrado en el art. 23.2 de la Constitución actúa como límite en la configuración de los procedimientos selectivos, tanto para la Administración como para el legislador.

El principio de igualdad es considerado por la doctrina constitucional como el **núcleo esencial** del derecho de acceso a las funciones públicas (por todas, la STC 27/2012, de 1 de marzo). Se trata de una dimensión específica del derecho a la igualdad de trato al ciudadano del art. 14, que entronca directamente con las bases del Estado de Derecho y que constituye, desde la perspectiva institucional, uno de los fundamentos objetivos del orden jurídico (STC 302/1993, de 21 de octubre). Este principio se aplica a ambos colectivos de empleados, aunque se basan en títulos jurídicos distintos, el art. 14 de la Constitución, para el personal laboral, y el art. 23.2 de la Carta Magna para el personal funcionario.

**Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789** proclamaba los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre. Tras fijar en su artículo 6 el valor de la ley como expresión de la voluntad general ya expresaba que *“puesto que todos los ciudadanos son iguales ante la Ley, todos ellos pueden presentarse y ser elegidos para cualquier dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción*



que la de sus virtudes y aptitudes”. Esta filosofía inspira el marco constitucional del empleo público en sus artículos 14 , 23.2 y 103.3 y en el art. 55 del TREBEP.

Como ha reconocido la STC 236/2015, de 19 de noviembre, el art. 14 también garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad también en el acceso al empleo público no funcionarial, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para el acceso que tengan carácter discriminatorio o que no vayan referidos exclusivamente al mérito y capacidad. Con base en esta argumentación, no cabría una transformación automática del funcionario interino en funcionario de carrera ni una novación del contrato laboral temporal en contrato fijo (que no indefinido) sin realizar el correspondiente proceso de selección.

En cuanto al derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos del art. 23.2 CE , se trata de un **derecho de configuración legal** «que supone que las normas reguladoras del proceso selectivo han de asegurar a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la inmediata interdicción de requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio (STC 193/1987, de 9 de diciembre ; 47/1990, de 20 de marzo , o 353/1993, de 29 de noviembre ) o de referencias individualizadas ( STC 67/1989, de 18 de abril y STC 27/2012, de 1 de marzo , por todas).

La doctrina constitucional ha considerado que el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos señalados en las leyes tiene un contenido material que se traduce en determinados condicionamientos del proceso selectivo. Como condicionante esencial de los procesos selectivos, este derecho exige que las condiciones y requisitos exigidos sean referibles siempre al mérito y la capacidad. De este modo, se produce una **clara intersección entre el contenido del art. 23.2 CE y el art. 103.3 CE**, lo que impone a la Administración la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pudieran considerarse también vulneradores del principio de igualdad todos aquellos elementos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre los aspirantes o concursantes.

Para su defensa otorga a los ciudadanos un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria los procesos selectivos que no respeten este principio, a través de un procedimiento basado en la preferencia y sumariedad. Como tal derecho fundamental, y en último extremo, permite su defensa ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo o incluso a través del recurso de inconstitucionalidad frente a toda norma legal o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad (STC 50/1986, de 23 de abril , F. 4 ; STC 148/1986, de 25 de noviembre , F. 9; STC 73/1998, de 31 de marzo , F. 3 ; STC 99/1999, de 31 de mayo , F. 4; STC138/2000, de 29 de mayo, F. 6 y STC 166/2001, de 16 de julio, F. 2, por todas).

Exige que los requisitos de acceso y criterios de selección se dispongan en términos generales y abstractos, no referidos a personas concretas y, además, que estén referidos a los principios de mérito y capacidad. La STC 27/2012, de 1 de marzo, ha sistematizado el contenido y las características de este derecho fundamental de la siguiente manera:

1. En primer lugar, se traduce en un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas “con los requisitos que señalen las Leyes”. Esta predeterminación normativa, a través de la reserva de Ley y el principio de legalidad, entraña una garantía de orden material que se traduce en “la fijación ex ante de los criterios de selección, tanto de carácter absoluto como relativo, en que consistan la igualdad, mérito y capacidad para cada función”, siendo ésta la única forma de que pueda ejercerse el derecho mismo. De esta manera se consigue, por un lado, que todos los participantes en los procesos de estabilización conozcan de antemano cuáles son las condiciones y requisitos que rigen el proceso y, por otra, que la propia Administración quede sujeta al contenido predeterminado en la norma cuando valore a los candidatos. En este sentido, ningún reproche podría hacerse a la normativa vigente reguladora de los distintos procesos de estabilización que hay en curso, en la medida en que todos ellos han sido establecidos por el propio legislador.
2. En segundo lugar, consagra un derecho de acceso a las funciones públicas “en condiciones de igualdad”, lo que supone la inmediata prohibición del establecimiento de requisitos de acceso que **tengan carácter discriminatorio o referencias individualizadas a una persona o grupos de personas**. La única manera de respetar la igualdad exige que, al menos en principio, las normas que regulan estos procesos de estabilización establezcan los requisitos y condiciones de acceso en términos abstractos y generales, con la interdicción de cualquier referencia individualizada o de *convocatorias ad personam* y de requisitos discriminatorios. Asimismo, dichos requisitos deben ir forzosamente referidos a los principios de mérito y capacidad, sin que el legislador pueda establecer requisito o condición alguna que no sea referible a ellos, pues se consideran “violatorios del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre ciudadanos” (STC 138/2000, de 29 de mayo). Aquí es donde la generalización del concurso de méritos en todas las Administraciones públicas puede plantear serias dudas de constitucionalidad.
3. En tercer lugar, el art. 23.2 de la Constitución incorpora también el derecho a la igualdad en la aplicación misma de la Ley, de tal modo que, una vez garantizada la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las normas reguladoras del procedimiento selectivo, ha de quedar también excluida toda diferencia de trato en el desarrollo del referido procedimiento (por todas, STC 10/1998, de 13 de enero). Esta exigencia exigiría analizar con detalle cada una de las convocatorias de los procesos de estabilización que se lleven a cabo hasta diciembre de 2024.
4. **ANÁLISIS DE LOS PROCESOS SELECTIVOS DE ESTABILIZACIÓN. ¿SE RESPETA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD? ¿QUÉ TRATO DE FAVOR SE DA A LOS INTERINOS?**

Teniendo en cuenta que la filosofía inspiradora de la Ley 20/2021, a pesar de que intenta la estabilización de plazas y no de personas, pretende dar un especial trato de favor para el funcionario afectado por exigencias de la normativa comunitaria. Es lógico que se le dé un trato preferente y de favor respecto de los demás candidatos, sin que ello suponga vetar que el resto de ciudadanos pueda acceder a la función pública porque ello supondría un desconocimiento de su derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad, consagrado en el art. 23.2 de la Constitución. Por ello, las bases de las convocatorias de los procesos selectivos deben realizar una compleja labor de ponderación de todos los intereses en juego.

Procedemos ahora a analizar algunas de las técnicas más polémicas que contienen los procesos de estabilización y que pueden plantear algunas dudas de constitucionalidad por su incidencia en el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la Administración (art. 23.2 CE):

1. El **procedimiento selectivo de concurso-oposición del art. 2.4 de la Ley 20/2021** contiene una fase de oposición y otra de concurso que se valorará con el 40% de la nota final, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala o categoría. En principio, el trato de favor para el personal interino que prevé este precepto parece armonizar todos los intereses en juego y de forma respetuosa con los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Aunque todavía no conocemos el contenido exacto de la STC que se ha pronunciado sobre el Real Decreto-Ley 14/2021, parece que ha recibido el espaldarazo del Tribunal Constitucional.

Este es uno de los procedimientos selectivos ordinarios, aunque su legitimidad constitucional dependerá en última instancia de qué méritos se incluyan y de cómo se valoren. Son muchas las preguntas planteadas sobre este tema: ¿Qué se valora? ¿Cómo o en qué porcentajes? ¿A quién? ¿Se puede excluir la experiencia en el sector privado? ¿Se puede valorar más la experiencia obtenida en la propia Administración? ¿Se puede puntuar más por trabajar en un determinado Ayuntamiento y menos para el resto de Ayuntamientos y de Administraciones Públicas? ¿Se pueden tener en cuenta solo aquellos méritos que guarden relación directa con un puesto concreto de trabajo o en un ámbito sectorial determinado? ¿Se puede negociar con los sindicatos que el tiempo trabajado sea exclusivamente el tiempo en la Administración pública? Son varias las consideraciones que, a mi juicio, se pueden hacer al respecto.

En principio, no hay ningún inconveniente constitucional para que se valore la experiencia y los servicios prestados en la Administración. En este sentido, **la finalidad de estabilizar la función pública temporal no puede considerarse a priori como constitucionalmente ilegítima, ya que pretende conseguir estabilidad en el empleo de las plazas estructurales que resultan necesarias para la organización y, si se puede, para quienes llevan un período más o menos prolongado de tiempo desempeñando satisfactoriamente las tareas encomendadas**. En lógica coherencia con este planteamiento, en principio, tampoco será ilegítima la previsión de valorar en la fase de concurso los servicios prestados como experiencia previa del personal afectado.

Por lo que se refiere a **la previa valoración de los servicios prestados a la Administración**, esta medida supone reconocer un trato de favor de unos aspirantes, a los funcionarios interinos, respecto de los demás. También en este caso se ha admitido la constitucionalidad de la medida siempre que se haya adoptado de modo razonable y no haya sido determinante del resultado final. Y ello porque, como destacó la STC 111/2014, de 26 de junio, FJ 5,

**“la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer, además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados”** (STC 111/2014, de 26 de junio, FJ 5; STC 67/1989, de 18 de abril, FJ 3; STC 107/2003, de 2 de junio, FJ 5 b). No obstante, la inconcusa doctrina constitucional impone dos requisitos:

- **No puede llegar a convertirse en un requisito que excluya la posibilidad de concurrencia de terceros,**
- **No puede tener una dimensión cuantitativa que rebase el “límite de lo tolerable”.**

En consecuencia, valorar la experiencia en un concurso de méritos no es inconstitucional, ni siquiera, aunque se otorgue a este mérito una valoración considerablemente mayor que al resto de méritos. Su constitucionalidad es más bien una cuestión cuantitativa. El Tribunal ha aceptado este mérito, aunque lo somete a importantes límites, que fija recurriendo a conceptos jurídicos indeterminados que precisan ser interpretados en cada caso concreto por nuestros jueces y tribunales. Ello supondrá un importante reto en cada Administración pública a la hora de diseñar los baremos de cada una de las convocatorias.

Es preciso tener en cuenta los problemas que está planteando en este punto el propio Ministerio de Hacienda y Función Pública por la técnica jurídica empleada para desarrollar los procesos de estabilización que, a mi juicio, es claramente reprochable. El Gobierno debería haber procedido de inmediato a la elaboración de una norma reglamentaria para el desarrollo ejecutivo de esta materia, con todas las garantías procedimentales que establecen los artículos 128 y siguientes de la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común* de las Administraciones Públicas y el art. 26 de la *Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno*. Sin embargo, para evitar todas estas formalidades -tendientes a garantizar el acierto y la legalidad del texto- y esquivar el dictamen del Consejo de Estado, ha recurrido a una peculiar técnica que consiste en elaborar un insólito documento de orientaciones que no tiene ningún valor jurídico ni fuerza normativa alguna. No vinculan a la Administración, pero se están siguiendo como modelo en miles de municipios y, a mi juicio, ponen en riesgo el principio de igualdad. Me refiero a la *Resolución de 1 de abril de 2022 de la Secretaría de Estado de Función Pública, que establece las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*, así como a la *Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre las orientaciones referidas a la ejecución de los procesos de estabilización de empleo temporal derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre*.

La Resolución de 1 de abril de 2022 de la Secretaría de Estado de Función Pública establece unos criterios muy favorables para el interino que, contradiciendo la doctrina constitucional, habilitan para graduar los méritos profesionales relativos a la experiencia de distinta forma, según la Administración donde se hayan obtenido. Asimismo, fija unos méritos académicos que exclusivamente benefician al interino. En la Resolución de la Secretaría de Estado de 14 de noviembre de 2022, por si alguna duda quedaba, se establece expresamente que no serán objeto de valoración determinados méritos que pueden beneficiar también a los aspirantes de la calle. Así, se prohíbe específicamente que los baremos de las convocatorias puedan valorar como méritos académicos los méritos relativos a *“las titulaciones o cursos pertenecientes a una carrera universitaria, los de doctorado, los derivados de procesos selectivos y los diplomas relativos a jornadas, seminarios, simposios, máster y similares. Tampoco serán objeto de valoración aquellos cursos en cuya certificación no aparezca su duración y fecha de realización”*.

De la doctrina constitucional pueden derivarse varias exigencias:

**1. Deben respetarse las reglas sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la valoración. El criterio de la “relevancia cuantitativa” del mérito no puede rebasar “el límite de lo tolerable”**

La doctrina constitucional ha puesto límites claros. Excluye las previsiones que pretendan favorecer a personas concretas o que no tengan su adecuada justificación en el tipo de tareas a desempeñar (STS de 20 de diciembre de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª). Asimismo, la experiencia no puede ser un requisito que excluya la posibilidad de concurrencia de terceros, pues en ese caso estaríamos ante las llamadas **“pruebas restringidas”**. Así, en la STC 38/2021, de 18 febrero, ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos de la Ley de policía del País Vasco, en la medida en que establecían en los procesos de consolidación de los policías locales determinadas excepciones al sistema de acceso general (infringe la legislación básica estatal). Curiosamente, la Resolución de la Secretaría de Estado de 1 de abril de 2022 establece un especial interés en resaltar esta idea. No obstante, se queda meramente en el plano teórico porque, después, el propio diseño que hace del concurso de méritos parece violar directamente esta regla esencial.

Con este marco tan poco apropiado y la presión sindical se entienden los baremos que se están publicando y que rebasan con creces el límite de lo tolerable. En este sentido, por ejemplo, podemos traer a colación la SJCA de Elche de 27 de enero de 2023, de protección de derechos fundamentales, que ha anulado la convocatoria aprobada por la Junta de Gobierno Local para dos plazas de técnico de administración general incluidas en los procesos extraordinarios de estabilización que valoraban los servicios prestados en el Ayuntamiento de Elche cuatro veces más que los servicios prestados en iguales plazas en otros Ayuntamientos (la experiencia acumulada en la Administración convocante respecto de otras Administraciones con 0,00822 puntos por día trabajado, frente a 0,00200 en las demás).



*“Como se puede apreciar, la valoración que la Corporación concede a la experiencia obtenida en plaza de igual o análoga denominación, misma escala o subescala, grupo y subgrupo de titulación en otra Administración es  $\frac{1}{4}$  de la que se otorga por los servicios prestados en la misma plaza en el Ayuntamiento de Elche. Esto constituye una vulneración de los derechos fundamentales contemplados en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución Española, en relación con lo dispuesto en el artículo 103.3 de la misma pues se convierte así este proceso extraordinario de estabilidad en un proceso restringido para que accedan solo los funcionarios del Ayuntamiento de Elche.”*

*Con el baremo aprobado, resultan necesarios casi 83 años de experiencia en otras Administraciones Públicas para alcanzar los 60 puntos que se otorgan en este apartado del baremo, lo que obviamente supera el “límite de lo tolerable”.*

En el mismo sentido, la STSJ de Galicia de 14 de junio de 2023 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia num. 508/2023) ha anulado la convocatoria de 16 plazas de Facultativo/a especialista de Farmacia Hospitalaria del Servicio Gallego de Salud por ser contrarias al principio de igualdad por puntuar el doble los servicios prestados en la misma Administración. Dirá la Sala:

Se produce una quiebra de la regla general de igualdad en el acceso al empleo público:

*“En el caso que nos ocupa, aun cuando pueda admitirse que se primen de modo notable los servicios prestados en el órgano convocante, otorgándoles a quienes los han prestado un trato diferenciado, lo que no resulta de recibo es que la diferenciación se convierta en desproporcionalidad. Y desproporcionado es atribuir a los servicios prestados para el Sistema Público de Salud de Galicia una puntuación de 0,20 puntos/mes y a los prestados en instituciones del Sistema Nacional de Salud la de 0,10 puntos/mes. Supone un 100% más de puntuación a los primeros que a estos últimos. Excede, sin lugar a duda, los límites de lo tolerable y haría prácticamente imposible superar el proceso de selección a través del concurso de méritos a la vista de esa inferior puntuación, exigiéndole al aspirante afectado, para poder ponerse a la altura de los aspirantes primados y alcanzar el máximo de 28 puntos, acreditar un tiempo de prestación de servicios de 23 años y 3 meses, frente a los 11 años y 6 meses con los que los favorecidos accederían a dicha puntuación máxima. Y eso es todavía más llamativo cuando unos y otros vienen de realizar idénticas funciones”.*

**2. Se puede valorar como mérito único la experiencia, aunque ello ha de ponerse en relación con la finalidad que persigue la norma diferenciadora y la proporcionalidad entre esa finalidad y el medio de diferenciación utilizado.**

La doctrina constitucional ha permitido que en los concursos se pueda valorar únicamente el mérito relativo a los servicios previos porque ello tenía una justificación racional (STC 137/1986, de 6 de noviembre). No obstante, debe tratarse de situaciones absolutamente excepcionales, por una sola vez y con cobertura de una ley. Esta posibilidad se ha conectado con las “especiales circunstancias creadas por la puesta en marcha de la Administración Autonómica, y a la necesidad de contar inmediatamente con personal propio, lo que hubo de hacerse, aunque mediante concurso público, mediante formas

contractuales o eventuales de adscripción de personal administrativo. Ello ha dado lugar a la existencia de un número importante de funcionarios en situación precaria”.

Así, por ejemplo, la STC 27/2012 de 1 de marzo, declara inconstitucional una ley andaluza porque ya se habían celebrado pruebas similares que daban especial ventaja al funcionario interino y, en consecuencia, ya no se trataba de una situación excepcional que se produce por una sola vez. Anula el apartado primero de la disposición transitoria cuarta y su anexo, en la parte relativa a la valoración de los méritos en la fase de concurso, de la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1997, de 23 de diciembre, que preveía un sistema de acceso a la función pública en el que el peso de los servicios prestados resultaba claramente desproporcionado. El valor del 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 para superarla 4 puntos.

En la STC 67/1989, de 18 de abril, se consideró que la valoración de los servicios prestados en un 45 por 100 de la nota total era acorde con el art. 23.2 justamente por este motivo, aunque después anuló la convocatoria por el “*efecto mochila*” que suponía por permitir que estos mismos puntos relativos a la experiencia pudieran utilizarse para superar la fase de oposición.

### **3. La regla de que, al menos en principio, “la misma experiencia exige la misma valoración”, con independencia de consideraciones subjetivas o de la Administración donde se adquiriera**

La cuestión, sin embargo, no es pacífica. Por el contrario, es enormemente casuística. Así, podemos traer a colación la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 20 de Madrid, sentencia núm. 191/2018 de 5 septiembre (auxiliares administrativos de la Universidad complutense) en la que se declara que si la experiencia es la misma, ha de valorarse igual, con independencia de la Administración en la que se hubiera adquirido. En el mismo sentido, y como bien expone la SJCA número 1 de Huesca de 15 de septiembre de 2023, “*la diferencia en la valoración de la experiencia fundada en la localización geográfica de una Administración es una infracción frontal del principio de igualdad para el acceso a la función pública*”.

Por el contrario, se admite esta distinta valoración en la STSJ de Murcia de 13 de diciembre de 2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª. Se acepta la puntuación otorgada a quienes habían prestado servicios en los puestos objeto de la convocatoria, distinguiendo entre los servicios prestados en Administraciones públicas y la experiencia en puestos de trabajo objeto de la convocatoria. Aunque es cierto que otorgaba al personal funcionario interino de esa Administración una sustancial ventaja (en mayor grado cuantos más años de servicios prestados acreditasen, con un máximo de los 10 años), “no excluía de la competición a quienes, como el recurrente, los hubieran desempeñado en otra Administración, pese a que imponga a estos opositores, para situarse a igual nivel de puntuación que los opositores interinos, un nivel de conocimientos

superior en la fase de oposición, pero sin que ello signifique el establecimiento de un obstáculo insalvable que impida el acceso a la función pública de quienes no han prestado servicios previamente en la Administración Regional convocante".

En esta misma línea, podemos citar la STS de 24 de junio de 2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, número 878/2019, que permite que la experiencia previa pueda tener una valoración distinta según se haya adquirido en la Administración convocante o en otra distinta. Dirá el Tribunal que "no parece arbitrario atribuir distinta puntuación a la experiencia previa en la Administración según se haya adquirido en la misma a la que pertenece la plaza convocada o a otra diferente. Aun pudiendo haber elementos comunes entre una y otra, no cabe duda de que no es el mismo el contexto organizativo y funcional correspondiente ni de que tampoco coinciden, en principio, las competencias y funciones ni la normativa a aplicar. Por lo tanto, mediando esas diferencias no es irrazonable que también difiera la puntuación".

Por el contrario, en la **Sentencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo (Sección 4ª) de 18 de octubre de 2022 (rec.2145/2021)**, se ha vuelto a insistir en la interdicción de la discriminación de la experiencia en función de la administración en la que se prestan los servicios. Esta vez se trataba de un proceso de estabilización de unas plazas de guarda forestal en la Diputación provincial de Málaga. El distinto trato dado a unos guardas y a otros en función de la Administración donde se estabilizan las plazas carece de justificación objetiva y razonable y, por tanto, incurre en la vulneración del artículo 23.2 de la Constitución y, en relación con él, de su artículo 103.3.

#### **4. El criterio del equilibrio de la puntuación del "aspirante damnificado" en la fase de oposición**

Para la apreciación de si un mérito es o no desproporcionado en un proceso selectivo, su doctrina analiza el proceso selectivo, en su conjunto, para ver las posibilidades de éxito del "participante damnificado". Esta especial valoración de los servicios prestados no puede llegar a excluir de la competición a aquellas personas que carezcan de tal mérito, aunque suponga exigir al resto de opositores un nivel de conocimientos superiores para situarse a igual nivel de puntuación que los opositores interinos. El sistema selectivo en su conjunto debe permitir la oportunidad de que los opositores que se presentan por libre, sin ser funcionarios interinos, puedan equilibrar su puntuación en la fase de oposición. Evidentemente, si se generaliza el concurso como método de estabilización, no se cumple esta regla esencial porque el aspirante por libre no tiene ninguna posibilidad de éxito.

En la STC 83/2000, de 27 de marzo y en la STC 107/2003, de 2 de junio, dirá el Tribunal que:

*"A pesar de que la puntuación otorgada a quienes poseían servicios previos computables les daba una sustancial ventaja a estos aspirantes, no excluye de la competición a quienes carecen de dicho mérito, pese a que imponga a estos opositores "por libre", para situarse a igual nivel de puntuación que los opositores interinos, un nivel de conocimientos superior, pero sin que ello signifique el establecimiento de un obstáculo insalvable que*

*impida el acceso a la función pública de quienes no han prestado servicios previamente en la Administración”.*

Posiblemente consciente de ello, el legislador ha formulado esta posibilidad con mucha inteligencia para evitar una clara confrontación con el marco constitucional, lo que le ha llevado también a formular esta posibilidad con una gran imprecisión jurídica al fijar que pueden “no ser eliminatorios los ejercicios en la fase de oposición”. Independientemente de su constitucionalidad o no, esta técnica, en sí, supone una desnaturalización de la esencia de la oposición, una merma importante, por no decir desconocimiento, del **principio constitucional de “capacidad”**. Asimismo, plantea dudas la validez del acto administrativo cuando las bases de una convocatoria prevean fases no eliminatorias.

Como ha señalado la STS de 20 de febrero de 2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, *“el efecto útil de una prueba o ejercicio de un proceso selectivo es que se demuestre una aptitud y un nivel mínimo evaluado o cuantificado, según el art. 53.2 de la Ley 30/1992 (“El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos”).* La finalidad de la convocatoria es cubrir plazas vacantes y hacerlo con los que demuestren capacitación y mérito en el procedimiento selectivo, sin que la finalidad sea garantizar la consolidación en todo caso, ya que ello haría inútiles y superfluas las pruebas y tribunales calificadores”. En último extremo, la medida implicaría que se podrían superar pruebas, desnaturalizando lo que es una oposición y con la mera finalidad de pasar a la fase de concurso, sin demostrar la mínima destreza práctica o de conocimientos que debe presumirse en las personas que pertenecen al cuerpo funcional correspondiente. El art. 34 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común, exige para la validez de los actos administrativos que su contenido, además de ajustarse a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, sea determinado y “adecuado a los fines de aquellos”. Significa ello que un diseño de una prueba de oposición que no sea eliminatoria daría al traste con el elemento teleológico de todo acto administrativo y que puede afectar a la propia validez de la convocatoria, en la medida en que le impide cumplir con la finalidad selectiva para la que ha sido prevista.

## **El problema de la estabilización mediante un mero concurso de méritos**

En mi opinión, el aspecto más problemático de la Ley 20/2021 es la estabilización por concurso para el empleo temporal de larga duración como método de selección para los puestos estructurales ocupados antes del 1 de enero de 2016. El legislador prima en exceso el mérito, pero es poco respetuoso con el principio de capacidad e igualdad. Busca dar respuesta al concepto jurisprudencial de interinidad de larga duración superior a 5 años. En este caso no hay discrecionalidad alguna para la Administración. Todas estarán obligadas en el calendario fijado a convocar un concurso y por una sola vez, salvo en el sector sanitario y educativo, que se remiten a lo que disponga su propia regulación, que deberá adaptarse en el plazo de un año desde la aprobación de la norma. El proceso de estabilización se hace para los puestos, pero la medida está claramente pensando en las personas, en los funcionarios interinos que lleven más de cinco (seis) años en la

Administración, que son los únicos que podrán acreditar experiencia y, por tanto, méritos suficientes para resultar vencedores del concurso. Desde esta perspectiva, y aunque no se imponga como requisito de participación la experiencia, está claro que un aspirante libre jamás podrá superar el concurso. Esta medida, por sí misma, supone un trato diferente en relación con los aspirantes que no han tenido esa posibilidad de trabajar previamente en la Administración, por mucho que la Resolución de 1 de abril de 2022 prohíba los procesos restringidos y prohíba que se pueda negar participación a los empleados que no tengan la condición de interino.

El concurso, aunque se permite en algunos ámbitos (profesores universitarios, magistrados que acceden por el cuarto turno), es un proceso, por su propia naturaleza, excepcional, para permitir la selección cuando la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar así lo exija (ej. ámbito universitario por la necesidad de acreditar la capacidad docente e investigadora). Por eso el art. 61.7 del TREBEP lo ha configurado como algo excepcional que requiere la correspondiente habilitación legal, requisito formal que vendría a cubrir la DA sexta de la ley 20/2021. También resulta muy desconcertante desde un estricto punto de vista jurídico la total libertad que se deja a las Administraciones para el diseño de estos concursos. Al menos en la estabilización del art. 2 se dan unas orientaciones básicas: “tener en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala o categoría”. Al menos en la *derogada Ley 1/1993 de 6 de abril de Ordenación del Sistema Sanitario, que fue avalada por la STC 12/1999, de 11 de febrero, en la que se apoya la Ley 20/2021, era el propio legislador el que establecía los baremos*. Mucho me temo que de esta discrecionalidad se acabe abusando en exceso y superando la delgada línea roja que ha ido elaborando la doctrina constitucional y que se acaben diseñando los concursos “*ad personam*”, según interés.

A mi juicio, el concurso plantea serias dudas de constitucionalidad, toda vez que supone una preterición del derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública. Aunque la ley no menciona en su DA sexta de forma expresa los principios de igualdad y libre concurrencia, hemos de entender que el legislador no está configurando “concursos restringidos” porque, al menos en principio, las pruebas restringidas están vetadas por nuestro marco constitucional. Ahora bien, la generalización del concurso en todas las Administraciones públicas y para todos los puestos estructurales ocupados mediante vínculos temporales de larga duración es poco compatible con los principios rectores del acceso al empleo público y, en especial, con el principio de igualdad. Supone preterir este derecho al resto de aspirantes que desean acceder por libre a la Administración, especialmente si se acaban diseñando estos procedimientos en los términos que señala la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública de 1 de abril de 2022 que prevé, esta vez con carácter meramente orientativo, que en el concurso se puedan valorar los méritos previstos en su apartado 3.4.1. (iii), esto es, los relativos a la fase de concurso de los procesos de estabilización del art. 2 de la Ley, aunque, en este caso, **los méritos profesionales no podrán suponer más de un 60% del total de la puntuación máxima, ni los méritos académicos menos de un 40%**. Es decir, que la experiencia o servicios previos puede suponer hasta un 60% de la nota, lo que impide que cualquier aspirante por libre pueda equilibrar su posición en el concurso o tenga alguna posibilidad de resultar vencedor.



La exposición de motivos ha realizado un importante esfuerzo para su justificación, recurriendo por la técnica del espiguelo a la doctrina constitucional sobre esta materia que ha permitido pruebas restringidas o que dan un trato de favor desproporcionado a los funcionarios interinos. La STC 12/1999, de 11 de febrero, declaró que no es contrario al art. 23.2 de la Constitución primar los servicios prestados a la Administración convocante y aceptó el proceso de estabilización previsto en la norma impugnada porque, aun primándose la condición de interino, no se hizo imposible el acceso de profesionales que hubieran prestado servicios en otras Administraciones, por lo que entendió que se daban las condiciones que, según su propia doctrina, derivan del art. 23.2 de la Constitución.

Nuestro Tribunal Constitucional, no obstante, ha permitido que, en determinados supuestos extraordinarios, el legislador pueda establecer un trato de desigual a favor de un determinado colectivo de aspirantes, en detrimento de todos los demás opositores. Así sucede, por ejemplo, cuando se prima notablemente un determinado mérito con relación a otros con la intención de favorecer a los funcionarios interinos de una determinada Administración o con los denominados procesos selectivos restringidos o cerrados, que son aquellos en los que se exige haber prestado previamente servicios profesionales en la Administración convocante para tomar parte en los mismos. En todo caso, nuestro máximo intérprete de la Carta Magna solo ha admitido estos procesos con carácter muy restrictivo y cuando ha existido una justificación objetiva, amparada en una situación excepcional, ya que, en otro caso, la desigualdad de trato lesionaría el art. 23.2 CE (entre otras muchas, en la STC 27/2012, FJ 5).

Efectivamente, el trato de favor en un proceso selectivo de unos participantes respecto de otros debe ser siempre un excepción a la regla general del art. 23, que solo se ha considerado legítima en supuestos verdaderamente singulares, cuando las especiales circunstancias de una Administración y el momento concreto en el que se celebraban estas pruebas justificaban la desigualdad de trato entre los participantes, beneficiando a aquéllos que ya habían prestado en el pasado servicios profesionales en situación de interinidad en la Administración convocante. Estos supuestos excepcionales varían desde la celebración de pruebas restringidas (STC 27/1991, de 14 de febrero) a pruebas en las que se prima de manera muy notable los servicios prestados en la Administración. En ambos casos ha existido siempre justificación de las singulares y excepcionales circunstancias que de manera expresa se explicaban en cada una de las convocatorias (STC 67/1989, de 18 de abril; STC 185/1994, de 20 de junio; STC 12/1999, de 11 de febrero; STC 83/2000, de 27 de marzo o STC 107/2003, de 2 de junio, entre otras).

Desde estos parámetros, por ejemplo, la doctrina constitucional ha venido exigiendo tres requisitos para permitir la excepcionalidad de estos procesos. En primer lugar, que se justifique en la singular, puntual y transitoria necesidad de tener que poner en funcionamiento una nueva forma de organización de las Administraciones autonómicas resultante de la asunción de competencias que antes correspondían al Estado. En segundo lugar, que se acuda por una sola vez a estos procedimientos excepcionales. Y, finalmente, la reserva de ley, esto es, que la convocatoria de dichos procesos selectivos tenga la cobertura necesaria de una ley (STC 27/2012, FJ 9).

Ciertamente el concurso de méritos como proceso selectivo vendría a cumplir la exigencia formal de estar recogida en una ley y, al menos en principio, dicho procedimiento se

aplicaría también por una sola vez. Más discutible es, sin embargo, el cumplimiento de los otros requisitos que también viene exigiendo la doctrina constitucional, de la premisa de su excepcionalidad y de la superación del test de proporcionalidad, razonabilidad y no arbitrariedad de la medida.

En mi opinión, no resulta fácil pensar en este concurso como un remedio para una situación absolutamente excepcional cuando la alta temporalidad en la Administración es una situación ordinaria y endémica de muchas de ellas, que se prolonga desde hace décadas y que se lleva combatiendo desde la aprobación del EBEP en el año 2007, a través de los procedimientos de consolidación del empleo temporal que ya instituyó su disposición transitoria cuarta que, por cierto, sigue manteniéndose en los mismos términos en el TREBEP. El supuesto de hecho aceptado por la doctrina constitucional para celebrar pruebas restringidas poco tiene que ver con la situación excepcional que sí se produjo en los años ochenta y noventa con la creación del Estado autonómico y con la transferencia de competencias a las comunidades autónomas. Aquella situación singular fue derivada de un proceso único e irrepetible y por ello recibió la cobertura constitucional.

En este caso, no se trata de una situación única e irrepetible, sino de una mala praxis de nuestras Administraciones públicas, que se ha visto ciertamente agravada por el propio legislador con las estrictas tasas de reposición de efectivos, pero que está muy arraigada en la propia cultura administrativa.

Tampoco resultará fácil explicar que se trata de un proceso absolutamente necesario y que se realizará por una única vez cuando se están llevando a cabo y de forma paralela otros dos procesos de estabilización del personal. De hecho, esta convocatoria excepcional que planteaba agravios comparativos con los funcionarios afectados por los otros dos procesos de estabilización procedentes de las leyes presupuestarias de 2017 y 2018 o, en su caso, de los que se deriven del art. 217 del Real Decreto-ley 5/2023. Ya no puede convencer al legislador de que es una situación única y excepcional cuando ahora recurre por segunda vez a este procedimiento tan excepcional del concurso en tan solo un año y medio y se hace para favorecer exclusivamente a un determinado colectivo de funcionarios: los que llevando en la Administración desde antes de 2016 han suspendido los procesos selectivos de estabilización establecidos por oposición o por concurso oposición.

A mayor abundamiento, cabría plantearse si esta medida también superaría el test de proporcionalidad, razonabilidad y no arbitrariedad que también exige la doctrina constitucional. El trato de favor dispensado a los interinos, a mi juicio, no puede presentarse como un remedio absolutamente necesario para reducir el problema de la temporalidad en la Administración porque no lo es. Existen otras medidas menos gravosas del interés general, que resultan más proporcionadas y razonables a la hora de incidir en el derecho fundamental a la igualdad consagrado en el art. 23 de la Constitución. Así sucedería, por ejemplo, con la utilización del concurso-oposición. También el criterio de no arbitrariedad se pone en discusión. Es previsible que los funcionarios interinos que lleven ocupando plazas estructurales durante más de tres años y se queden fuera de estos procesos recurran las convocatorias, máxime a la luz de la doctrina del caso IMIDRA y de la STS de 28 de junio de 2021, Sala de lo Social, en la que se ha declarado que los

procesos selectivos no deberán durar más de tres años y, si se excede de dicho plazo, estaríamos en presencia de una “duración injustificadamente larga” y, en consecuencia, abusiva a efectos comunitarios (Rojo Torrecillas, 2021).

En este sentido, la STC 38/2021, de 18 febrero, ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos de la Ley de policía del País Vasco, en la medida en que establecían determinadas excepciones al sistema de acceso general a los cuerpos de policía local. La legislación vasca vulneraba la legislación básica estatal. El legislador vasco había establecido un turno diferenciado en los procesos selectivos para la consolidación del empleo temporal para los policías locales interinos que acreditaran un mínimo de ocho años de antigüedad en la Administración convocante, pues en algunos ayuntamientos la tasa de temporalidad alcanza hasta el 60 y el 70% de la plantilla. El Tribunal recuerda que el derecho a la igualdad en el acceso a la función supone una limitación fundamental a la práctica de las pruebas restringidas para el acceso a la función pública, pues exige convocatorias públicas, abiertas o libres y el sistema previsto en esta disposición excluía a quienes no tuvieran la antigüedad requerida o carecieran de vínculo temporal con la Administración. Según la Sala, el propósito de solucionar el abuso en la contratación temporal debe subsanarse sin vulnerar la norma básica estatal que proscribía las pruebas de acceso restringidas o específicas.

En fin, aunque el legislador básico estatal tiene un amplio margen de libertad a la hora de solucionar el problema de la temporalidad en el empleo público, dicha libertad no es ilimitada. Como sostuvo la STC 111/2014, de 26 de junio, ***“nada permite al legislador estatal o autonómico transgredir los límites que la Constitución impone a su libertad de configuración normativa y menos cuando está en juego un derecho con rango de fundamental como es la igualdad de acceso de todos los ciudadanos a las funciones públicas (art. 23.2 de la Constitución)”***.