|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 14/2018 |
| Fecha | de 8 de febrero de 2018 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Juan José González Rivas, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón. |
| Núm. de registro | 4341-2017 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 4341-2017 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Con fecha 8 de septiembre de 2017 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal un oficio del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid, al que se acompañaba, junto al testimonio del procedimiento abreviado núm. 447-2013, el Auto de 31 de marzo de 2017, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público (LEEP en adelante), por la posible vulneración de los artículos 14 y 23.2 CE, al habilitar una multiplicidad de procesos selectivos restringidos para el acceso a la condición de funcionario público del personal laboral de las Administraciones públicas.

2. Los antecedentes de la presente cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes:

a) La Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) interpuso recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos de la junta de gobierno local del Ayuntamiento de Fuenlabrada de 5 de julio de 2013 (“BOCM” de 20 de agosto de 2013), por el que se aprueban las bases generales del procedimiento selectivo de provisión de plazas de funcionario de carrera incluidas en la oferta de empleo público del organismo autónomo “Centro Municipal para la Formación y el Empleo” para el año 2011, y de 29 de julio de 2013 (“BOCM” de 6 de septiembre de 2013), por el que se aprueban la convocatoria de determinadas plazas correspondientes a la oferta de empleo público del centro municipal de iniciativas para la formación y el empleo del año 2011, y las bases específicas para la provisión de dichas plazas por promoción interna horizontal. En la demanda se alegaba que la convocatoria no había respetado el plazo máximo fijado en el artículo 70.1 LEEP, establecido en la propia oferta de empleo público, que se había omitido la preceptiva reserva de un cupo no inferior al 5 por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, y, finalmente, que las bases específicas no respetan los criterios de igualdad, mérito y capacidad, con vulneración de los artículos 23.2 y 103.3 CE, ya que en los requisitos específicos se exige ser trabajador laboral fijo del organismos autónomo local antes citado, quedando vetado el acceso para cualquier otra persona que quisiera presentarse. El conocimiento del recurso correspondió al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid.

b) Admitido a trámite el recurso y emplazados los interesados, se celebró el acto de la vista en la que los demandados (Ayuntamiento de Fuenlabrada y una parte de los trabajadores afectados) se opusieron a la demanda, aduciendo, entre otros motivos, que el recurso debía ser inadmitido por falta de legitimación del sindicato recurrente (cuestión sobre la que el juez decidió que se resolvería en sentencia con carácter previo), y que las bases no vulneran la Constitución ya que se trata de una promoción interna horizontal amparada por la disposición transitoria segunda LEEP, habiéndose establecido el carácter restringido de las pruebas en la aprobación de la propia oferta de empleo público, que no fue objeto de impugnación.

c) Una vez concluso el procedimiento, y antes de dictar sentencia, el Juzgado, por providencia de 29 de diciembre de 2016, acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal, por plazo común de diez días, acerca de la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, en el particular en el que permite al personal laboral fijo que a la entrada en vigor de dicha Ley estuviese desempeñando funciones de personal funcionario, participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, “de forma independiente” respecto de los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos cuerpos y escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe. Señalaba la providencia que la previsión legal podría ser contraria a los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso a la función pública que la Constitución consagra en su artículo 103.3, y que concretan y articulan el genérico juicio de igualdad en esta materia consagrado por el artículo 23.2 CE, y que una de las alegaciones de la demanda se centra precisamente en la presunta vulneración de esos principios. Con cita de diversas Sentencias del Tribunal Constitucional que se han pronunciado sobre normas de rango legal y procesos selectivos de “funcionarización” de personal laboral similares a los que se cuestionan (SSTC 302/1993, 38/2004 y 111/2014), se llega a la conclusión de que pudiera ser necesario plantear la cuestión de inconstitucionalidad que suscita la resolución, en tanto en cuanto la convocatoria que es objeto del recurso se sustenta exclusivamente en la previsión contenida en la disposición transitoria segunda LEEP, que en la práctica habilita legalmente convocatorias “blindadas” a la participación de otros ciudadanos y reservadas a los trabajadores fijos previamente seleccionados por la Administración.

Tanto el Ayuntamiento de Fuenlabrada como los codemandados formularon alegaciones defendiendo que no se consideraba necesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Por su parte, el Ministerio Fiscal entendió procedente plantear la cuestión por concurrir los presupuestos establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), sin entrar en el análisis del fondo del asunto. No consta que formulara alegaciones el sindicato recurrente.

d) Por providencia de 30 de diciembre de 2016, el Juzgado, de conformidad con lo establecido en el artículo 33.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), acordó someter a las partes la posible concurrencia de un motivo de impugnación susceptible de fundamentar el recurso, y que podría determinar la nulidad radical de todos o algunos de los actos administrativos objeto del mismo. En concreto, se ponía de manifiesto la posible causa de nulidad constituida por el hecho de que la disposición transitoria segunda LEEP establece literalmente que “El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto Este desempeñando funciones de personal funcionario, o pase desempeñarlas en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha ...”, y, sin embargo, las bases específicas de las convocatorias impugnadas no exigen que el personal laboral fijo del centro municipal para la formación y el empleo estuviera desempeñando las funciones con anterioridad, en todo caso, a la entrada en vigor de la Ley del estatuto básico del empleado público, ni en virtud de procesos selectivos anteriores a la misma Ley, sino únicamente quienes tuvieran “dos años de antigüedad”, “lo que abre a la participación en el proceso selectivo extraordinario que regula la norma legal antes citada a personal laboral fijo que no cumpliese en el momento de la convocatoria con la exigencia temporal establecida por la Ley”.

Las partes formularon las alegaciones que estimaron pertinentes en relación con dicha posible causa de nulidad, mostrándose a favor de la apreciación de la misma el sindicato recurrente y en contra el Ayuntamiento de Fuenlabrada y los trabajadores codemandados, alegando que todo el personal admitido en las pruebas selectivas ostenta antigüedad anterior a la fecha de entrada en vigor de la Ley del estatuto básico del empleado público.

e) Mediante Auto de 31 de marzo de 2017, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, por la posible vulneración de los artículos 14 y 23.2 CE.

3. El Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid fundamenta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en las consideraciones que seguidamente se resumen.

Tras exponer los antecedentes de hecho, procede a analizar la concurrencia de los presupuestos del artículo 35 LOTC, comenzando por el juicio de relevancia. Partiendo de la previsión del indicado precepto y de la doctrina constitucional relativa al mismo, concreta el órgano judicial cual es el objeto del proceso que ante él se ventila, y advierte que una de las alegaciones en las que se sustenta la demanda se centra en la presunta vulneración por la convocatoria impugnada de los principios de igualdad y de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos (arts. 14 y 23.2 CE) al impedirse la participación en el proceso selectivo a cualesquiera otras personas que no sean los trabajadores fijos del centro municipal para la formación y el empleo, tal y como resulta de las bases específicas impugnadas y del tenor de la convocatoria. Estando ésta apoyada en lo establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, y siendo la base argumental de la pretensión anulatoria la de que un proceso selectivo restringido como el que nos ocupa vulnera los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública que consagra la Constitución, concluye el órgano judicial que la decisión del proceso va unida indisolublemente a la aplicación de la citada disposición transitoria, por lo que la constitucionalidad de dicho precepto, en contraste con los artículos 14 y 23.2 CE, es esencial para la resolución de la litis y va a determinar el sentido del fallo. Asimismo, se indica que la norma tiene rango de ley y que la duda de constitucionalidad se plantea en cuanto al particular del precepto que permite al personal laboral fijo, que a la entrada en vigor de dicha Ley estuviera desempeñando funciones de personal funcionario, participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, incluso “de forma independiente” respecto de los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos cuerpos y escalas a los que figuren adscritos las funciones con los puestos que desempeñe. Por lo demás, la citada norma subsiste vigente, por mor de lo establecido en la disposición transitoria segunda del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público.

En cuanto a los preceptos constitucionales que pudieran verse infringidos por la norma legal, los concreta el Auto de planteamiento en los artículos 14 y 23.2 CE. A partir de la mención de la STC 302/1993 sobre el principio de igualdad de trato en relación con los oficios públicos, se traen a colación otras Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en supuestos parecidos al que nos ocupa, recordándose que el Tribunal se ha pronunciado en no pocas ocasiones sobre la constitucionalidad de las pruebas de acceso a la función pública restringidas a personal interino o a personal laboral fijo, aunque fuera desde una óptica distinta a la que se plantea en esta cuestión de inconstitucionalidad. Así, se cita la STC 174/1998, que declaró el principio de que las convocatorias tienen que ser por regla general abiertas o libres, habiéndose pronunciado en el mismo sentido la STC 151/1992, sobre pruebas especiales de acceso para funcionarios de empleo interinos, y la STC 38/2004, sobre la impugnación de una norma legal autonómica que convocaba un proceso extraordinario de selección restringido a personal laboral fijo, declarando el Tribunal que tales pruebas no pueden calificarse de libres o abiertas y que, por lo tanto, son contrarias al precepto básico estatal. De imprescindible cita considera el Auto de promoción de la cuestión la STC 111/2014, en la que se enjuiciaba el recurso promovido contra una ley foral de Navarra que autorizaba la apertura de un proceso de funcionarización, siendo declarada inconstitucional la previsión legal. Indica el órgano judicial que la impugnación se fundamentaba en los mismos motivos por los que se plantea esta cuestión de inconstitucionalidad, esto es, por la afección negativa directa a los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) y al derecho fundamental para acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE), y no desde la vía indirecta de la vulneración de las normas estatales básicas. Reproduce el Auto parte de dicha Sentencia, especialmente en el particular en el que se afirma que resulta inconstitucional la previsión de las pruebas de acceso restringidas a quienes tuvieron la condición de personal laboral fijo, quedando excluidos los aspirantes libres que no prestan servicios como personal laboral fijo. A criterio del juez a quo, la STC 111/2014 no deja duda sobre la cuestión que se analiza: la convocatoria de pruebas selectivas de acceso a la función pública no puede ser en ningún caso cerrada o restringida a una determinada categoría de personal, con exclusión de otros posibles participantes, pues una cosa es que se valoren los méritos por el desempeño de funciones públicas y otra que las convocatorias se conviertan en un “coto cerrado” y reservado para que ingresen en la función pública quienes accedieron previamente a prestar servicios a la Administración convocante, en muchos casos sin haber superado ninguna prueba.

A continuación, se dedica el Auto a responder a las alegaciones de las partes en la audiencia previa al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, apoyándose en la doctrina constitucional ya citada así como en la STC 238/2015, desde cuya perspectiva niega que se advierta en la disposición transitoria cuestionada cual es la circunstancia “excepcional” que la ampara. Teniendo en cuenta los precedentes legislativos, especialmente la disposición transitoria decimoquinta de la Ley 30/1984, en la redacción dada por la Ley 23/1988, entiende que no se puede acoger el criterio de “excepcionalidad temporal” que se preconiza respecto de la disposición transitoria segunda LEEP, pues no sólo se aparta de la forma en que el Tribunal Constitucional entiende hasta dónde puede llegar el carácter excepcional de estos procesos selectivos, sino que también entraña el riesgo de que dicho criterio permita al legislador nuevas habilitaciones legales de futuros procesos “excepcionales”. Y aunque la STC 238/2015 incluye entre las excepciones a la regla general de los procesos selectivos abiertos previstos por el legislador estatal la propia disposición transitoria segunda LEEP, se limita a enunciarla pero no explica la razón de la existencia de la misma, a diferencia de lo que hace con la disposición transitoria sexta, apartado cuarto, de la Ley 30/1984; y no lo hace porque no hay explicación que justifique esta segunda excepción. En definitiva, a juicio del órgano judicial, no hay razones que respalden la disposición cuestionada y, por ende, que amparen la constitucionalidad de una norma legal que habilita una multiplicidad de procesos selectivos restringidos y, consiguientemente, excluyentes de la participación abierta de todos los ciudadanos.

Por todo lo anteriormente expuesto, concluye el Auto afirmando la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, por posible vulneración de los artículos 14 y 23.2 CE.

4. Por providencia de la Sección Segunda de este Tribunal, de fecha 28 de noviembre de 2017, se acordó, a los efectos que determina el artículo 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que considerara conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales (art. 35.2 LOTC) y por si fuera notoriamente infundada.

5. El 27 de diciembre de 2017 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal el escrito de alegaciones del Fiscal General del Estado, interesando la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad por incumplimiento de los presupuestos procesales y por ser notoriamente infundada.

Una vez expuestos los antecedentes de hecho de la cuestión planteada, e identificado el precepto cuestionado, afirma que, de acuerdo con la consolidada doctrina constitucional, su derogación no afecta al planteamiento y resolución de la cuestión, pues la norma sigue siendo de aplicación para resolver la pretensión planteada en el proceso de origen (SSTC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 3, y 63/2011, de 16 de mayo, FJ 2). A continuación, el Fiscal General examina las condiciones procesales exigidas por el artículo 35.2 LOTC, a partir de la jurisprudencia constitucional que expone detalladamente, comenzando por restar importancia a la discrepancia existente entre la providencia concediendo el trámite de audiencia y el Auto de planteamiento a la hora de identificar los preceptos constitucionales vulnerados, pues el nuclear es el artículo 23.2 CE, que incorpora el principio de igualdad. Por otro lado, se refiere al posible incumplimiento del requisito de que los autos estuvieran conclusos para sentencia y su incidencia sobre la audiencia a las partes y en los juicios de aplicabilidad y relevancia. A tal efecto señala que, tras dictar la providencia de audiencia del artículo 35.2 LOTC, se dicta a continuación otra por la que se abre el trámite del artículo 33.2 LJCA, sujeto a las normas generales, con suspensión del plazo para dictar sentencia (art. 78.23 LJCA), simultaneándose dos trámites, lo que implica, a su juicio, que el proceso no estaba concluso, así como una incidencia sobre otros requisitos procesales. En este sentido, afirma que, en primer lugar, no se habría cumplido cabalmente la finalidad del trámite de audiencia, porque las alegaciones realizadas en el mismo no se han referido a la incidencia que pudiera tener sobre el planteamiento de la cuestión la posible inobservancia por la convocatoria impugnada del plazo del párrafo primero de la disposición transitoria segunda LEEP, aspecto al que no se referían ni la demandante, ni la providencia inicial ni, posteriormente, el Auto de planteamiento. Por otra parte, la nueva fundamentación que se propone al amparo del artículo 33.2 LJCA implica la posibilidad apreciada por el juez a quo de que la convocatoria no se ajuste al requisito de temporalidad acotado en el párrafo primero de la disposición impugnada, lo que podría determinar la nulidad de la convocatoria y la consecuencia añadida de que resultaría inaplicable ya el segundo párrafo de la disposición cuestionada, que es el que habilita la prueba restringida y se enlaza con el principio de igualdad de acceso a los cargos y funciones públicos. El Auto de planteamiento no efectúa ninguna referencia sobre este extremo, siendo así que, en estas circunstancias, el planteamiento de la cuestión podría constituir, en realidad, un juicio abstracto de constitucionalidad, que es algo proscrito por la jurisprudencia constitucional. Por ello, concluye el Fiscal General del Estado que no hay una adecuada formulación del juicio de aplicabilidad y del juicio de relevancia respecto de la norma cuya inconstitucionalidad se pretende.

En cuanto a la posible inadmisión de la cuestión por resultar notoriamente infundada, el Fiscal General realiza una extensa exposición de la doctrina constitucional en la materia, y argumenta que, siendo cierto que la disposición transitoria segunda LEEP establece un marco general que otorga cobertura a la posibilidad de celebración de pruebas de carácter restringido (como continuación al criterio de la disposición transitoria sexta de la Ley 30/1984), también lo es que lo hace en relación con un personal limitado y con una dimensión temporal acotada, sin tener carácter indefinido. Añade que una norma de esta naturaleza ha sido admitida por este Tribunal tanto desde la perspectiva competencial como desde la sustantiva. En cuanto a la primera, se han considerado materialmente básicas tanto la regla que garantiza que las convocatorias tienen que ser con carácter general abiertas o libres, rechazando los turnos u oposiciones restringidos, como las excepciones a dicha regla general (SSTC 111/2014, FJ 3, y 238/2015, FJ 3). Por lo que se refiere al aspecto sustantivo, el precepto es respetuoso con el principio de igualdad de acceso a los cargos públicos, ya que no establece una referencia individualizada ad personam, sino que se refiere a un grupo de carácter abstracto, habilita para la celebración de procesos selectivos independientes o conjuntos con los de libre concurrencia, pero no impone uno sobre otro ni determina sus características, que habrán de examinarse en cada caso, y respeta los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE), en cuanto los procesos de selección deben exigir la titulación necesaria, admite la valoración de los servicios prestados, pero sin cuantificarlos [lo que es acorde con la doctrina constitucional de las SSTC 86/2016, FJ 4, y 107/2003, FJ 5 b)], y tampoco contempla la integración automática, proscrita por la doctrina constitucional.

Asimismo, sostiene el Fiscal General del Estado que la justificación de la norma cuestionada enlaza con sus antecedentes, refiriéndose a diversos pronunciamientos de este Tribunal Constitucional que abordan el análisis de medidas excepcionales destinadas a resolver situaciones también excepcionales expresamente previstas en la ley (SSTC 86/2016, FJ 4, 238/2015, FJ 5, y 27/1991), así como a las modificaciones normativas operadas en virtud de los artículos 9.2 LEEP y 92 y de la Ley reguladora de las bases de régimen local, conforme a los cuales el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos. Ello justifica que, dentro de la libertad de configuración del legislador, se pueda regular una previsión general, aunque temporal, que favorezca la adopción de medidas que, con respeto al principio de igualdad, faciliten que se trate de garantizar la mayor eficacia de la Administración pública, adaptando las plantillas a las funciones que deben realizar. En todo caso, la cuestión de si se cumplen los requisitos constitucionales en las pruebas restringidas desde la perspectiva de igualdad requiere una valoración que se proyecte más sobre su manifestación concreta en cada caso con la normativa básica que les otorga cobertura, cuestión de legalidad ordinaria cuya resolución corresponde al órgano de la jurisdicción ordinaria.

En conclusión, afirma que la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2007 cuestionada establece con carácter indeterminado un posible sistema de acceso restringido a la función pública, en el que se atribuye la opción de participar al personal laboral fijo, con la acotación temporal y transitoria que se precisa, sin que, a juicio del Fiscal, constituya una puerta abierta a convocatorias ad personam, exigiendo la titulación adecuada en la superación de prueba selectivas, que en modo alguno excluye los requisitos de igualdad, mérito, capacidad y publicidad concordes con la Constitución, y cuya justificación encuentra su apoyo en la consecución de una finalidad constitucionalmente legítima, como es la propia eficacia de la Administración pública. Y aunque ello implica reconocer la valoración de los servicios prestados, no se establece su carácter único ni se admite la integración automática, siendo la disposición transitoria neutra en este punto ya que no se concreta su incidencia en el proceso selectivo, todo lo cual es perfectamente asumible de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta en el escrito de alegaciones. Así pues, la disposición transitoria segunda LEEP no vulnera el principio de igualdad de acceso a los cargos y funciones públicos del artículo 23.2 CE.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público (LEEP), por posible vulneración de los artículos 14 y 23.2 CE.

El precepto cuestionado tiene el siguiente tenor:

“Disposición transitoria segunda. Personal Laboral fijo que desempeña funciones o puestos clasificados como propios de personal funcionario

El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos.

Asimismo, podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición”.

Según ha quedado recogido de forma más detallada en los antecedentes, el juzgado promotor de la cuestión considera que la disposición reproducida vulnera los principios de igualdad y de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrados en los artículos 14 y 23.2 CE, respectivamente, en cuanto, en contra de la doctrina constitucional en la materia, habilita una multiplicidad de procesos selectivos restringidos y, por tanto, excluyentes de la participación abierta de todos los ciudadanos. La argumentación del órgano judicial permite colegir que la duda de constitucionalidad no se refiere a la totalidad de la norma, sino que queda circunscrita a la parte del párrafo segundo de la misma que permite al personal laboral fijo de las Administraciones públicas, que a la entrada en vigor de la Ley 7/2007 estuviese desempeñando funciones de personal funcionario, participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, incluso “de forma independiente” respecto de los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos cuerpos y escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñen.

El Fiscal General del Estado, en el trámite previsto en el artículo 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), se ha opuesto a la admisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por entender que no se cumplen los requisitos procesales exigidos por el artículo 35 LOTC y por considerarla notoriamente infundada.

2. Como primera cuestión, se ha de precisar, ante todo, que el hecho de que la Ley 7/2007, y, por consiguiente, la disposición cuestionada, haya sido derogada por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público, no afecta a la presente cuestión de inconstitucionalidad, pues, como tiene declarado este Tribunal, la circunstancia de que la norma sobre la que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad haya sido derogada no implica que la cuestión haya perdido su objeto. Es doctrina constitucional reiterada que, en las cuestiones de inconstitucionalidad, los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la modificación o derogación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esa modificación o derogación, resulte o no aplicable en el proceso a quo y de su validez dependa la decisión a adoptar en éste (entre otras, SSTC 255/2004, de 23 de diciembre, FJ 2; 22/2010, de 27 de abril, FJ 2; 73/2014, de 8 de mayo, FJ 2, y 83/2015, de 30 de abril, FJ 3). Y en este caso, con las salvedades que se expondrán a continuación, así sería, de acuerdo con el planteamiento del Auto del Juzgado promotor de la cuestión. En cualquier caso, el contenido de la disposición transitoria segunda del Real Decreto Legislativo 5/2015 no altera los términos de la aquí discutida.

3. El artículo 37.1 LOTC permite a este Tribunal rechazar a limine las cuestiones de inconstitucionalidad, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Pues bien, el análisis de la presente cuestión de inconstitucionalidad pone de manifiesto la concurrencia de ambos motivos de inadmisión, dado que, por una parte, no satisface las exigencias que para su promoción se derivan de los artículos 163 CE y 35 a 37 LOTC, y, por otra, resulta notoriamente infundada. El Fiscal General del Estado ha defendido estos dos extremos, solicitando la inadmisión tanto por defectos procesales, referidos, concretamente, al trámite de audiencia y a la defectuosa formulación del juicio de aplicabilidad y relevancia de la disposición cuestionada, como por el carácter notoriamente infundado de las causas de inconstitucionalidad en las que el Auto de planteamiento ha fundamentado la promoción de la cuestión.

4. Como ha advertido en su escrito de alegaciones el Fiscal General del Estado, constata este Tribunal la concurrencia de diversas deficiencias que afectan a los requisitos procesales de indispensable satisfacción para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, y, más específicamente, a la cumplimentación del trámite de audiencia y a la enunciación del juicio de aplicabilidad y relevancia.

Hay una primera deficiencia evidente, referida al trámite de audiencia, que pone de relieve el Fiscal, aunque restándole trascendencia. En efecto, a través de providencia de 29 de diciembre de 2016 se acuerda dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, identificando la disposición que genera la duda de inconstitucionalidad y los preceptos constitucionales que se estiman vulnerados. Sin embargo, se advierte una cierta discrepancia entre esa providencia y el Auto de planteamiento en cuanto a los preceptos constitucionales que podrían entenderse vulnerados. Así, en la providencia, el órgano judicial puso de relieve que la disposición cuestionada podría ser contraria a los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, consagrados en el artículo 103.3 CE, invocando también el artículo 23.2 CE, en el que se reconoce el derecho fundamental a la igualdad de acceso de todos los ciudadanos a las funciones públicas. En cambio, en el Auto de promoción de la cuestión se consideran vulnerados los artículos 14 y 23.2 CE, con menciones a los principios de mérito y capacidad, divergencia que impediría fundamentar la inconstitucionalidad de la norma en preceptos constitucionales distintos a los incluidos en la providencia por la que se concedió la audiencia (por todas, STC 166/2007, de 4 de julio, FJ 6). No obstante, a los efectos prácticos, esta divergencia carece de trascendencia, pues, como ha señalado de manera reiterada este Tribunal, en el ámbito del acceso a las funciones y cargos públicos, la eventual lesión de la igualdad ha de examinarse en el contexto del artículo 23.2 CE y no del artículo 14. En efecto, hemos afirmado que “la invocación del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación (art. 14 CE) debe entenderse subsumida en el derecho garantizado por el artículo 23.2 CE, pues es doctrina reiterada de este Tribunal que el artículo 23.2 CE especifica el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, siendo éste, por tanto, el precepto que debe ser considerado de modo directo para apreciar si el acto, resolución o norma objeto del proceso constitucional ha quebrantado ese derecho, a no ser que el tratamiento diferenciado controvertido se deba a alguno de los criterios expresamente mencionados en el artículo 14 CE (por todas, SSTC 191/2007, de 10 de septiembre, FJ 3; 39/2008, de 10 de marzo, FJ 4, y 74/2009, FJ 3)” (STC 44/2010, de 26 de julio, FJ 3).

Las otras deficiencias, en cambio, sí alcanzan relevancia para producir el efecto de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad. Ante todo, en las actuaciones remitidas por el órgano promotor de la cuestión se constata una circunstancia que tiene una incidencia decisiva sobre la debida satisfacción del resto de los presupuestos procesales, tal y como ha denunciado el Fiscal General. En efecto, a renglón seguido de la providencia concediendo el trámite de audiencia del artículo 35.2 LOTC, el órgano judicial acordó oír a las partes, con amparo en el artículo 33.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: LJCA (aplicable al procedimiento abreviado, de acuerdo con el art. 78.23 LJCA), acerca de la posible concurrencia de otra causa susceptible de producir la anulación de todo o parte de los actos impugnados. En concreto, el Juzgado puso de manifiesto que el párrafo primero de la disposición transitoria segunda LEEP exige que el personal laboral fijo, para poder acogerse a la posibilidad que en la misma se contempla, esté desempeñando funciones de personal funcionario a la entrada en vigor del estatuto o pase a desempeñarlas en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha. En cambio, las bases específicas de la convocatoria enjuiciadas en el proceso a quo sólo exigen que el personal laboral tuviera dos años de antigüedad, lo que permite la participación en el proceso selectivo extraordinario a personal laboral fijo que, en el momento de la convocatoria, no cumpliese con la exigencia temporal establecida por la Ley.

La primera reflexión que suscita ese modo de actuar es que el órgano judicial no se ha ajustado estrictamente a la exigencia del artículo 35.2 LOTC de que “sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese”, que implica que ya no quede más trámite pendiente antes de pronunciar la resolución definitiva que los necesarios para poder plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Con todo, lo más trascendente de ese proceder del juez a quo es la notable incidencia que tiene sobre el trámite de audiencia del artículo 35.2 LOTC y sobre el juicio de aplicabilidad y relevancia, como comprobaremos a continuación.

a) Este Tribunal ha afirmado que, en la audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, que no puede minimizarse reduciéndola a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, las alegaciones deben versar, fundamentalmente, sobre la vinculación entre la norma citada y apreciada por el órgano judicial como cuestionable y los supuestos de hecho que se dan en el caso sometido a su resolución, así como sobre el juicio de conformidad entre la norma y la Constitución (por todas, STC 183/2013, de 23 de octubre, FJ 2). Obviamente, si en la providencia en la que se acuerda practicar dicho trámite no se pone de manifiesto la incidencia que pudiera tener sobre el planteamiento de la cuestión la posible inobservancia del plazo establecido en el párrafo primero de la disposición transitoria segunda LEEP (cuya constitucionalidad no se cuestiona), las alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal no han podido recaer sobre ese extremo, con lo que no se habría cumplido realmente la finalidad del trámite de audiencia, al no formar parte del mismo un aspecto esencial, que podría determinar la improcedencia del planteamiento de la cuestión.

b) También debemos compartir la apreciación del Fiscal General del Estado acerca de la incidencia que tiene sobre el juicio de aplicabilidad y relevancia la apertura del trámite del artículo 33.2 LJCA por parte del órgano judicial que promueve la cuestión.

Recordemos que el juicio de relevancia previsto en el artículo 35.2 LOTC ha sido definido por este Tribunal como “el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada” (por todos, AATC 93/1999, de 13 de abril, FJ 3, y 21/2001, de 30 de enero, FJ 1), y que, “constituye una de las más esenciales condiciones procesales de las cuestiones de inconstitucionalidad en garantía de que su planteamiento no desborde la función de control concreto o incidental de la constitucionalidad de las leyes, por no versar sobre la norma de cuya validez depende el fallo, único objeto posible de este tipo de procedimientos” (STC 201/2011, de 13 de diciembre, FJ 2, entre otras muchas). Asimismo, no podemos olvidar que, como ha señalado reiteradamente este Tribunal (por todas, STC 72/2017, de 5 de junio, FJ 1), es función exclusiva de los órganos judiciales (art. 117.3 CE), la de formular el pertinente juicio de aplicabilidad, de la misma manera que, una vez seleccionada la norma aplicable, les corresponde la función de exteriorizar el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada.

Pues bien, el Auto de planteamiento, aunque trata de realizar el imprescindible juicio de relevancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35 LOTC, lo efectúa con una argumentación que ha de considerarse incompleta, sin que logre justificar de manera precisa que la decisión del procedimiento depende enteramente de la constitucionalidad del párrafo segundo de la disposición transitoria segunda LEEP. Su argumentación descansa, esencialmente, en que las bases específicas impugnadas en el procedimiento a quo tienen su apoyo en la citada disposición transitoria y en que una de las alegaciones de la parte recurrente se centra en la presunta vulneración por la convocatoria impugnada del principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, al impedirse la participación en el proceso selectivo para cubrir las plazas de cualquier otro ciudadano que no sean los trabajadores fijos del organismo autónomo municipal centro municipal para la formación y el empleo.

Sin embargo, el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad carece de toda argumentación acerca de si las bases de la convocatoria objeto de impugnación en el proceso a quo, se acomodan o no al requisito temporal del párrafo primero de la disposición transitoria segunda LEEP, tal y como planteó a las partes en el trámite del artículo 33.2 LJCA, a pesar de que ello podría suponer también la anulación de las bases y de la correspondiente convocatoria sin necesidad de aplicar el párrafo segundo de la misma disposición, que aquí se cuestiona en cuanto permite el acceso a la condición de funcionario del personal laboral mediante unas pruebas restringidas. Es de destacar la trascendencia de este aspecto, por cuanto este Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de la previsión de convocatorias restringidas más allá del plazo establecido en la normativa básica (STC 31/2006, de 1 de febrero, FJ 4). Por consiguiente, si el órgano judicial llegara a concluir que las bases y la convocatoria ante él impugnadas incumplen realmente ese plazo, la parte de la disposición transitoria segunda LEEP objeto de la cuestión de inconstitucionalidad devendría inaplicable, con lo que este procedimiento se habría convertido en un juicio de constitucionalidad en abstracto, desligado del proceso a quo, “lo que, cabalmente, no puede constituir nunca el objeto de un procedimiento constitucional de este tipo” (SSTC 147/2012, de 5 de julio, FJ 3, y 6/2010, de 14 de abril, FJ 2, y ATC 57/2014, de 25 de febrero, FJ 4).

Igual consecuencia se produciría si, al dictar sentencia, el órgano promotor de la cuestión apreciara la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo que, como cuestión previa, propuso en la vista oral una de las partes demandadas, que adujo la falta de legitimación del sindicato recurrente, alegación que el juzgador decidió que se resolvería con carácter previo en la Sentencia. No obstante, en el Auto de planteamiento se silencia por completo este extremo, que habría sido necesario descartar expresamente, porque si, finalmente, se apreciara en Sentencia esa causa de inadmisión, no tendría ningún sentido que este Tribunal se pronunciara acerca de la posible inconstitucionalidad de la reiterada disposición transitoria segunda LEEP que, en definitiva, no resultaría determinante para la resolución del recurso contencioso-administrativo, lo que, de nuevo, nos situaría ante un control puramente abstracto de la norma, impropio de una cuestión de inconstitucionalidad.

Como corolario de todo lo hasta aquí razonado, hemos de concluir afirmando que las carencias de los requisitos procesales que se han apreciado deben determinar la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a ocho de febrero de dos mil dieciocho.