



Primero.-Anular las Sentencias dictadas el 21 de mayo de 1984, por el Juez de Instrucción de Villena en el procedimiento especial número 46/1983, y el 11 de febrero de 1985, por la Audiencia Provincial de Alicante, confirmatoria en apelación de la anterior.

Segundo.-Restablecer al recurrente en su derecho a la presunción de inocencia.

Tercero.-Ordenar que las actuaciones se retrotraigan al momento procesal de la acusación fiscal para que éste pueda

proponer las pruebas o solicitar las diligencias que estimen procedentes en derecho.

Publiquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid a 23 de abril de 1986.-Francisco Tomás y Valiente.-Francisco Rubio Llorente.-Luis Díez-Picazo y Ponce de León.-Antonio Truyol Serra.-Eugenio Díaz Eimil.-Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.-Firmados y rubricados.

**12299** Sala Primera. Recurso de amparo número 511/1985. Sentencia número 50/1986, de 23 de abril.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente y don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Antonio Truyol Serra, don Eugenio Díaz Eimil y don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Magistrados, ha pronunciado.

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 511/1985 promovido por doña María Victoria Medrano Autor, representada por el Procurador don Angel Deleito Villa y bajo la dirección del Abogado don Javier Caballero Martínez, contra Acuerdo de la Comisión Delegada de la excelentísima Diputación Foral de Navarra, de fecha 7 de abril de 1983, que aprobó la convocatoria para la provisión de 14 plazas de Oficiales administrativos, confirmado por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona de 31 de diciembre de 1984.

En el recurso han comparecido el Ministerio Fiscal y los Procuradores don José Manuel Dorrecochea Aramburu, en nombre de la Diputación Foral de Navarra y doña Consuelo Rodríguez Chacón, en representación de don Carlos García García y 19 personas más. Ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Rubio Llorente, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. ANTECEDENTES

Primero.-Doña María Victoria Medrano Autor, representada por el Procurador y asistida de Letrado, interpone recurso de amparo, mediante escrito que tuvo su entrada el 4 de junio de 1985, contra Acuerdo de la Comisión Delegada de la excelentísima Diputación Foral de Navarra de 7 de abril de 1983, que aprobó convocatoria para la provisión de 14 plazas de Oficiales administrativos, confirmado por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona de 31 de diciembre de 1984.

Segundo.-Los hechos en que se funda la demanda son los siguientes:

a) En el «Boletín Oficial de Navarra» de 18 de abril de 1983 se publicó la convocatoria, aprobada por Acuerdo de la Comisión Delegada de la Diputación Foral de Navarra de 7 de abril de 1983, para la provisión, por oposición en turno restringido entre funcionarios de dicha Diputación, de 14 plazas de Oficiales administrativos con destino a los servicios de la misma. Como requisito de los candidatos se exigieron, entre otros, además de tener la condición de «funcionario de nómina y plantilla» de la Diputación referida, ostentar la categoría de Auxiliar administrativo o equivalente encuadrado en el nivel 12 o superior.

b) La solicitante de amparo interpuso recurso de reposición contra dicho Acuerdo, aduciendo discriminación en favor de los funcionarios y en contra del resto de los ciudadanos carente de justificación y citando los arts. 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución.

c) La Diputación Foral de Navarra acordó, en sesión de 16 de junio de 1983, desestimar el recurso de reposición.

d) La solicitante de amparo interpuso recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión de la ejecución del acto administrativo.

e) La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona, por Auto de 30 de julio de 1983, declaró no haber lugar a la suspensión; y por Sentencia de 31 de diciembre de 1984, desestimó el recurso contencioso-administrativo y confirmó el Acuerdo de convocatoria.

La Sala motivó el fallo, entre otras consideraciones, en las que «no procede, por aplicación del art. 40 de la Ley sobre Mejoramiento del Fuero de Navarra, acudir, para resolver el tema de que se trata, y como derecho supletorio, a la normativa estatal en la materia (...) ya que Navarra tiene una normativa específica en este

concepto, el Acuerdo Foral de 15 de diciembre de 1945, no derogado por la Constitución, y que constituye derecho específico de Navarra, persistente por virtud de lo dispuesto en la disposición adicional primera de aquella y recogida en el art. 39 de la Ley de Amejoramiento.

f) Interpuesto por la solicitante de amparo contra la anterior Sentencia recurso de apelación, la Sala Quinta del Tribunal Supremo declaró su inadmisión por Auto de 30 de abril de 1985.

Tercero.-En la demanda de amparo se alega violación del derecho fundamental de igualdad ante la Ley, y del de acceder en condiciones de igualdad al ejercicio de las funciones y cargos públicos, citándose los artículos 14 y 23.2 de la CE, así como el artículo 149.1.18.ª de la misma; el artículo 6 de la Ley Orgánica de 10 de agosto de 1982 sobre reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra y doctrina de este Tribunal Constitucional relativa al principio de igualdad. Se razona sobre la «carencia de cobertura jurídica» de la desigualdad establecida por el acuerdo de convocatoria y sobre el «inmotivado apartamiento de precedentes oposiciones», argumentándose sobre las faltas de publicación, vigencia y aplicabilidad al caso del Acuerdo Foral de 15 de diciembre de 1945, sobre la normativa que sería aplicable y sobre el apartamiento de la Diputación Foral del sistema de selección que habría seguido en ocasiones inmediatas anteriores, con cita, en relación con esto último, de doctrina de este Tribunal Constitucional. Y se solicita que se declare la nulidad del Acuerdo de la Comisión Delegada de la excelentísima Diputación Foral de Navarra de 7 de abril de 1983, que aprobó la convocatoria de 14 plazas de Oficiales administrativos, así como la nulidad del Acuerdo de la misma Diputación Foral de 16 de junio de 1983, desestimatorio del recurso de reposición y la de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona de 31 de diciembre de 1984; solicitándose, por otra parte, el reconocimiento del derecho de la recurrente a no ser excluida de la oposición referida por no ser funcionaria de la Diputación Foral de Navarra y que se ordene a ésta una nueva convocatoria de la oposición, en la que se permita a los no funcionarios la posibilidad de optar a las 14 plazas de Oficiales administrativos en condiciones de igualdad con los funcionarios o en la que, al menos, se establezca un adecuado equilibrio entre el principio de promoción interna de los funcionarios y el de libre concurrencia, igualdad, mérito y capacidad, tomando como criterio el establecido en la Ley Foral Reguladora del Estatuto de Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra (Ley 13/1983, de 30 de marzo).

Cuarto.-Abierto por providencia de 25 de septiembre de 1985 el trámite previsto en el artículo 50 de la LOTC, tras audiencia del recurrente y del Ministerio Fiscal, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó el día 23 de octubre siguiente la admisión a trámite del presente recurso.

Recibidas las actuaciones seguidas en la Diputación Foral de Navarra y ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona se dio vista de ellas al recurrente, al Ministerio Fiscal y a los Procuradores don José Manuel Dorrecochea Aramburu y doña Consuelo Rodríguez Chacón, comparecidos, respectivamente, en nombre y representación del Gobierno de Navarra y de don Carlos García y otras personas que, en calidad de coadyuvantes, habían sido parte en el previo proceso contencioso-administrativo.

Quinto.-Mediante escrito de 15 de enero de 1986 presentó sus alegaciones el Procurador señor Dorrecochea Aramburu, en representación del Gobierno de Navarra y en los términos que, sintéticamente, se exponen a continuación:

a) Se afirma, en primer lugar, que no controlando el Tribunal Constitucional la violación de la Ley y sí sólo la de la Constitución, no puede pretenderse, como la recurrente intenta, que en el recurso de amparo se revise el juicio de legalidad llevado a cabo por los Tribunales ordinarios en el presente caso, ello sin perjuicio de que el Acuerdo de 15 de diciembre de 1945 si estaba vigente al tiempo de la convocatoria de la oposición supuestamente lesiva de los derechos del actor.

b) No se ha producido, de otra parte, vulneración del derecho reconocido en el artículo 14 de la Constitución, porque es lógico y

razonable que la Administración Foral procure la promoción de aquellos empleados de nivel inferior hacia empleos o puestos de nivel superior mediante llamamientos restringidos hacia aquellos que dentro ya de la carrera administrativa han de tener la oportunidad de promoción interna. Ha de descartarse, además, que en el mismo «Boletín Oficial de Navarra», en el que se convocó la oposición de que se viene tratando, se anunció la provisión de 34 plazas de Auxiliares administrativos, 17 de ellas en turno libre, a las que bien pudo haber aspirado la señora Medrano Autor. Tampoco se ha vulnerado el derecho enunciado en el artículo 23.2 de la Constitución, ya que una cosa es el derecho a acceder a la función pública y otra muy distinta la aspiración a un puesto determinado. Al disponer el criterio aquí controvertido, la Diputación Foral no hace sino usar de la facultad que con carácter general establece el artículo 103.3 de la Constitución y que corresponde al Gobierno de Navarra en virtud de los derechos históricos que la Constitución ampara y recoge. En definitiva, la convocatoria aquí cuestionada no hace sino reconocer los derechos de los empleados administrativos a la promoción a través del trabajo (art. 35.1 de la Constitución). Por ello se suplica se dicte Sentencia denegando el amparo interesado.

Sexto.-Mediante escrito de 20 de enero de 1986 presentó sus alegaciones la representación actora reiterando, en lo sustancial, las consideraciones expuestas en la demanda de amparo y pidiendo, por lo mismo, se dictara Sentencia en los términos interesados en el escrito mediante el que se interpuso el recurso de amparo.

Séptimo.-Por escrito de 20 de enero de 1986 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal en los términos que resumidamente siguen:

a) La demanda contiene una doble línea argumental, afirmándose en ella, de una parte, que la exclusión de los ciudadanos de una oferta de empleo público, limitada a quienes ya son funcionarios, vulnera el principio de igualdad y aduciendo, en segundo lugar, que las disposiciones legales sobre las que en este caso se asentó la convocatoria son contrarias a Derecho. El acceso, sin embargo, a las funciones públicas es, de acuerdo con el artículo 23.2, general y no singular o particular, esto es, a un puesto o cargo determinado. Por ello no podrá invocarse lesión del derecho constitucional por el hecho de no permitirse el ingreso en una determinada categoría administrativa, cuando se tiene abierta, en turno de libre concurrencia, la posibilidad de acceder a la función pública en otra categoría de inferior rango que en su día permitiría alcanzar otra del nivel de la ahora restringida. En este punto el argumento de la actora podría llevar a la inconstitucionalidad de todas las pruebas restringidas, que son una constante de nuestro panorama administrativo antes y después de la Constitución. Este tipo de pruebas no constituyen infracción del derecho fundamental invocado porque este derecho no lo es para acceder a la función pública en unos puestos determinados.

b) Tampoco se ha conculcado el derecho reconocido en el artículo 14 de la Constitución porque existe una causa objetiva y razonable que justifica, sin daño de la igualdad, el que unas plazas de servicio de la Administración Pública se cubran mediante pruebas en las que sólo se permite que participen quienes son ya empleados públicos de nómina y plantilla.

c) La supuesta infracción de la legalidad aplicable no es, por último, un problema que pueda examinarse en este proceso, porque el mismo carece de dimensión constitucional. En todo caso, si se entendiera que la legalidad ha sido aplicada de modo no razonable, arbitrariamente, ello nos llevaría más bien a considerar afectado el derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución. Por ello, las consideraciones de la actora acerca de la validez o vigencia del Acuerdo de 15 de diciembre de 1945 son, una vez que este problema fue ya resuelto por la Audiencia Territorial de Pamplona, ajenas al amparo constitucional y otro tanto ha de decirse respecto del alcance a dar, en el caso actual, a lo dispuesto en la Ley Foral 13/1983, de 30 de marzo, reguladora de ingresos en las Administraciones Públicas de Navarra. En este punto, la interpretación legal dada por la Audiencia está debidamente fundada y es razonable, con independencia de que pueda discreparse de ello. Por lo expuesto, se interesa del Tribunal dicte Sentencia desestimando la pretensión de amparo.

Octavo.-Por escrito fechado el 21 de enero de 1986 presentó sus alegaciones la Procuradora doña Consuelo Rodríguez Chacón, en representación de las partes coadyuvantes, en los términos que resumidamente siguen:

a) Como consideración inicial, el recurso de amparo resulta inadmisibile a tenor de lo dispuesto en el apartado 2, b), del artículo 50 de la LOTC, y así se pide que se declare por el Tribunal sin entrar en el examen del fondo de la pretensión. Ello es así porque la recurrente fundamenta su demanda en una cuestión de estricta legalidad que queda, en cuanto tal, al margen de este proceso como es la de la supuesta inexistencia o falta de vigencia del Acuerdo de la Diputación Foral de 15 de diciembre de 1945.

b) Al margen de lo dicho, el Acuerdo de la Diputación Foral mediante el que se convocó la oposición de que se viene tratando fue plenamente conforme a Derecho, si se examina el Reglamento de la Diputación Foral de Navarra de 15 de diciembre de 1945 sobre clasificación, nombramiento, plantillas y ascensos de los funcionarios locales. Ha de destacarse, en particular, lo dispuesto en el apartado segundo de dicha disposición, en cuya virtud resulta claro que el ingreso en el Cuerpo de Empleados Administrativos (hoy Oficiales y Auxiliares administrativos) se realiza sólo por oposición a través de la categoría de Escribientes (actualmente Auxiliares) y que el ascenso a otras categorías superiores dentro del Cuerpo de Empleados Administrativos podrá realizarse mediante oposición libre o restringida. La demandante pretende ignorar estas normas y alega en su lugar una normativa inaplicable al caso -por estar referida a los funcionarios municipales de Navarra-, como es la norma del Parlamento Foral de 29 de enero de 1980 (art. 3.3), siendo también de rechazar la invocación actora del art. 2.3 del Decreto 1411/1968, de 27 de junio, por el que se aprobó el Reglamento General para el Ingreso en la Administración Pública. Por lo demás, la previsión normativa de pruebas restringidas existe en diferentes textos normativos que se citan: Art. 56 de la Ley de 7 de febrero de 1964, de Funcionarios Civiles del Estado; art. 8 del Estatuto de Personal al Servicio de los Organismos Autónomos, de 23 de julio de 1971; art. 92 del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, y art. 22.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto. Se invocan asimismo los arts. 90.2, 99.2 y 101 de la Ley 7/1985, de 2 de abril. Se concluyen estas consideraciones afirmando que el principio de libre acceso a la función pública no tiene carácter absoluto, de forma que cualquier convocatoria restringida basada en los principios de mérito y capacidad haya de suponer necesariamente una transgresión de tal principio.

c) Por lo demás, los Acuerdos de la Diputación Foral de Navarra de 7 de abril y 16 de junio de 1983 no violaron, en contra de lo argüido por la demandante, los arts. 14 y 23.2 de la Constitución. No puede pretextarse desigualdad o discriminación alguna, ya que entre los funcionarios con derecho a la promoción interna y la recurrente no existe una situación similar, habiendo sólo procurado la Diputación Foral, en uso de sus potestades, la legítima promoción interna de sus funcionarios a plazas de Oficiales administrativos. Estas consideraciones han de reiterarse respecto de la supuesta violación del derecho reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución.

d) Por lo expuesto, se suplica la inadmisión del recurso y, subsidiariamente, la denegación de la pretensión en él denunciada.

Noveno.-Por providencia de 12 de marzo de 1986, la Sala Primera unió a las actuaciones las alegaciones que anteceden y señaló para la deliberación y votación del recurso el día 16 de abril.

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.-Según ha quedado expuesto en los Antecedentes, la demandante de amparo imputa al Acuerdo de 7 de abril de 1983, adoptado por la Comisión Delegada de la Diputación Foral de Navarra, lo que considera un trato discriminatorio en su disfavor y lesivo, por ello, tanto del principio enunciado en el art. 14 de la Constitución como de su derecho fundamental, instituido en el artículo 23.2 de la misma, a acceder, en condiciones de igualdad, a una función pública. Esta fundamentación de la queja constitucional aparece unida en el planteamiento de la actora a la invocación de la regla que, en el art. 103.3 de la norma fundamental, dispone que el acceso a la función pública tendrá lugar «de acuerdo con los principios de mérito y capacidad», así como a diferentes reproches, dirigidos a la Administración demandada y al Tribunal que juzgó de sus actos, por la aplicación al caso de una disposición que, como el Acuerdo de la Diputación Foral de 15 de diciembre de 1945, sería jurídicamente inexistente, por no publicado, y, en todo caso, insuficiente para fundar en él la convocatoria de la oposición restringida frente a la que su queja se alza.

Sobre lo así alegado, y a partir también de lo expuesto por las demás partes comparecidas, ha de juzgarse ahora, no sin antes dar respuesta, como requiere el curso lógico de este procedimiento, a la petición de inadmisibilidad del recurso formulada por la representación de los codemandados, quienes consideran que el mismo se hallaría incurrido en el supuesto de inadmisión contemplado en el apartado 2, b), del art. 50 de nuestra Ley Orgánica. En el presente estado del proceso, sin embargo, una tal pretensión carece de singularidad procesal frente a la solicitud de desestimación del recurso, pues es claro que, aunque las causas de inadmisibilidad puedan ser examinadas de modo diferenciado y previo en la Sentencia que resuelve el recurso de amparo si en su día no fueron así puestas de manifiesto, tal posibilidad sólo tiene sentido en cuanto a las posibles razones de inadmisión de carácter formal, pero no en lo que se refiere a la causa que hoy se invoca, cuya posible determinación resulta, en este momento, inseparable de la decisión sobre el objeto mismo de la pretensión.



Segundo.—En los escritos de la representación actora y en las alegaciones de quienes han comparecido en la calidad de demandado y de coadyuvantes se dedica una pormenorizada atención a la vigencia, validez y aplicabilidad a la convocatoria de donde surge el presente recurso, del Acuerdo de 15 de diciembre de 1945, de la Diputación Foral de Navarra, norma ésta que según la demandante, y en contra de lo argüido por la representación del Gobierno de Navarra y de los codemandados, no podría considerarse como fundamento bastante para la adopción del acto administrativo frente al que, de modo directo, formula su queja. Esta controversia, sin embargo, no puede constituir, expuesta en tales términos, objeto del proceso constitucional, pues nuestra tarea ahora no es otra sino la de apreciar si se ha producido o no la lesión de derechos fundamentales que se aduce para, si así fuera, restablecer o preservar los mismos, según prescribe el artículo 41.3 de la Ley Orgánica de este Tribunal. En un caso como el presente, en el que no se busca amparo en defensa de un derecho de libertad, el examen de la legalidad —o, antes aún, de la vigencia— de la disposición que pudo fundamentar la adopción del acto impugnado, no corresponde a esta jurisdicción, que no puede someter a revisión el juicio positivo de legalidad realizado por el Tribunal ordinario competente, que fue en este caso la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona. No se trata, pues, de establecer una linde tajante entre el orden de la legalidad y el de la constitucionalidad para singularizar el ámbito de esta jurisdicción respecto del que corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, sino advertir que el recurso de amparo no está al servicio, en contra de lo que parece entender la actora, de la depuración del actuar administrativo desde la perspectiva de su respeto a la Ley, debiendo ahora nuestro examen partir, sin controvertirlo, de lo resuelto en el enjuiciamiento de tales problemas por el Tribunal «a quo».

Tercero.—Así delimitado, el contenido de la queja que formula doña María Victoria Medrano no es otro que el de la discriminación que dice haber padecido a resultas de la convocatoria de una oposición restringida, a la que ella, al no ostentar la categoría funcional requerida al efecto en el Acuerdo de 7 de abril de 1983, no pudo acudir como aspirante. Dice la recurrente que tal delimitación de las condiciones requeridas para los opositores fue contraria al principio de igualdad y al derecho fundamental enunciado en el artículo 23.2 de la Constitución, conculcando también los criterios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública impuestos por el art. 103.3 de la misma norma fundamental.

La discriminación así argüida, por lo demás, se busca fundamentar tanto en el apartamiento por parte de la Diputación Foral de lo que la actora considera decisiones anteriores en casos análogos como, de otro lado, en el mismo contenido diferenciador de la resolución supuestamente lesiva. Mas sólo este último aspecto es ahora de consideración pertinente, ya que, sin necesidad de determinar si lo que la recurrente identifica como precedentes lo fueron en realidad, es claro que la argumentación basada en la doctrina del precedente administrativo —esto es, la invocación de la hipotética desigualdad resultante de la diferencia entre los actos administrativos— no puede fundamentar una pretensión ante este Tribunal una vez que el acto supuestamente distinto a los que le precedieron ha sido enjuiciado, declarándose su validez por el Tribunal competente, pues la igualdad que la Constitución garantiza es la igualdad ante la Ley. Como es evidente, la Ley puede imponer a la Administración una actuación necesaria cuando se dan determinadas circunstancias (y, en ese caso, cuando en igualdad de circunstancias se producen actuaciones distintas serán inválidas las ilegales, pero en ningún caso podrá establecerse una comparación entre ellas y las legales para argüir sobre la igualdad), o bien puede dejarle un margen más o menos amplio de libertad de decisión para determinar los elementos fácticos relevantes en función de los cuales situaciones semejantes han de ser consideradas iguales o desiguales desde el punto de vista de la actuación administrativa. En este segundo supuesto, que es quizás el más común y casi obligado cuando se trata, como aquí es el caso, de decisiones de la Administración sobre su propia organización, la capacidad de autoorganización administrativa en el marco de la Ley excluye toda posibilidad de que la simple diferencia entre dos actos pueda considerarse lesiva del principio de igualdad.

En su Sentencia de 31 de diciembre de 1984, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona consideró acomodado al ordenamiento jurídico el acto entonces y ahora recurrido y, en consecuencia, o la diferencia con los anteriores no existió o, existiendo, no fue contraria a la Ley, a la que no se imputa contenido alguno contrario a la Constitución. La determinación del posible carácter discriminatorio de tal acto, por lo tanto, sólo ha de hacerse ahora considerando al mismo en lo que tuvo de decisión diferenciadora, al requerirse en ella, para tomar parte en la oposición convocada, el requisito de tener la condición de funcionario de nómina y plantilla de la Diputación Foral, con la categoría de Auxiliar administrativo o equivalente,

encuadrado en el nivel 12 o superior, pues este requisito sí establece sin duda una diferencia entre quienes lo poseen y quienes no lo ostentan.

Cuarto.—Aunque la recurrente invoca en apoyo de su pretensión tanto el principio de igualdad (art. 14) como el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2) es sólo la situación subjetiva creada por este último precepto constitucional la que ha de dar ahora la medida de la validez del acto impugnado por discriminatorio, pues la igualdad que la demandante dice quebrada fue precisamente la allí prescrita para el acceso a las funciones públicas. En este punto, el art. 23.2 de la norma constitucional, concreta, sin reiterarlo, el mandato presente en la regla que, en el artículo 14 de la misma Constitución, establece la igualdad de todos los españoles ante la Ley, según hubo ya ocasión de señalar en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, de tal manera que cuando, como aquí ocurre, la queja por discriminación se plantee respecto de los supuestos contenidos en el art. 23.2, y siempre que no se haya verificado la diferenciación impugnada en virtud de alguno de los criterios explícitamente impedidos en el art. 14 (cosa que aquí no se alega) será de modo directo aquel precepto el que habrá de ser considerado para apreciar si lo en él dispuesto ha sido o no desconocido por la decisión que se ataca.

El art. 23.2 de la Constitución garantiza a todos los ciudadanos (y sólo a ellos) el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. No nace de este precepto, como es obvio, derecho alguno a la ocupación de cargos o al desempeño de funciones determinados, y ni siquiera derecho a proponerse como candidato para los unos o las otras. El derecho a tomar parte en el procedimiento (selectivo o electivo) que ha de llevar a la designación y «a fortiori» el derecho a esta misma, sólo nace de las normas legales o reglamentarias que disciplinan, en cada caso, el acceso al cargo o función en concreto. Lo que, como concreción del principio general de igualdad, otorga el art. 23.2 a todos los españoles es un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y en último término ante este Tribunal, toda norma o toda aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad. La remisión que el propio precepto hace a las leyes obliga a entender, en consonancia con los datos que ofrece la experiencia, que la igualdad se predica sólo de las condiciones establecidas para el acceso a cada cargo o función, no a todos ellos, y que, por lo tanto, pueden ser distintos los requisitos o condiciones que los ciudadanos deben reunir para aspirar a los distintos cargos o funciones, sin que tales diferencias (posesión de determinadas titulaciones, edades mínimas o máximas, antigüedad mínima en otro empleo o función, etc.) puedan ser consideradas lesivas de la igualdad. La exigencia que así considerada en sus propios términos deriva del artículo 23.2 de la Constitución Española es la de que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos y funciones públicas y, entre tales reglas, las convocatorias de concursos y oposiciones se establezcan en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas como ya dijimos en nuestra Sentencia 42/1981, de 22 de diciembre, pues tales referencias son incompatibles con la igualdad.

Desde este punto de vista, como resulta claro, ninguna objeción cabe hacer a la convocatoria en turno restringido que la recurrente impugna.

Esta basa su argumentación también, como antes se señala, en la supuesta infracción de la exigencia de que el acceso a la función pública se haga conforme a los principios de mérito y capacidad. Aunque esta exigencia figura en el artículo 103.3 y no en el 23.2 de la Constitución, la necesaria relación recíproca entre ambos preceptos que una interpretación sistemática no puede desconocer, autoriza a concluir que, además de la definición genérica de los requisitos o condiciones necesarios para aspirar a los distintos cargos y funciones públicas, el art. 23.2 de la Constitución impone 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 violatorios del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre españoles.

Tampoco desde este punto de vista, sin embargo, resulta fundamentada la pretensión de la recurrente. Ni el legislador se encuentra respecto de la Constitución en una situación análoga a la que la Administración ocupa respecto de la Ley, ni, aunque así no fuera, puede negarse un amplio margen de libertad, tanto al legislador como a la Administración para dotar de contenido concreto en cada caso a conceptos indeterminados como son los de mérito y capacidad, ni, por último, y reduciéndonos al presente caso, puede considerarse en modo alguno como arbitrario o irrazonable que se estime como mérito para el acceso a unas plazas administrativas de nivel superior el estar ocupando otras de nivel inferior. No se trata aquí, en efecto, de una convocatoria para el ingreso en la función pública (la que simultáneamente se hizo con



esta finalidad estaba abierta por igual a funcionarios y no funcionarios), sino de una promoción entre funcionarios para el acceso a plazas de Oficial, aunque a través del sistema selectivo del concurso-oposición, lo que no resulta contrario a la Constitución sino concorde con ella, dado el mandato constitucional de favorecer la promoción mediante el trabajo (art. 35.1).

### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

**12300** Sala Primera. Recurso de amparo número 371/1985. Sentencia número 51/1986, de 24 de abril.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente, y don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Antonio Truyol Serra, don Eugenio Díaz Eimil y don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Magistrados, ha pronunciado.

### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo 371/1985, promovido por el Comité de Empresa de los Auxiliares de vuelo de la Compañía de «Aviación y Comercio, Sociedad Anónima», representado por el Procurador don Celso de la Cruz Ortega, y asistido por el Letrado don Julián Chamorro Gay, contra la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1985, dictada en el recurso de apelación número 64576/1984 contra Sentencia de la Sección Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que es revocada. Fueron parte en el proceso, además de la recurrente, el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, siendo designado ponente el Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, que expresa el parecer de la Sala.

### I: ANTECEDENTES

Primero.—Don Celso de la Cruz Ortega, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación del Comité de Empresa de los Auxiliares de vuelo de la Compañía «Aviación y Comercio, Sociedad Anónima», interpone recurso de amparo, registrado ante este Tribunal el día 30 de abril de 1985, contra la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1985, dictada en el recurso de apelación frente a la Sentencia de la Sección Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 29 de septiembre de 1984. Entienden los recurrentes que la mencionada Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo vulnera el art. 28.2 de la Constitución, con los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación se relacionan.

Segundo.—El 10 de febrero de 1984, el Comité de Empresa de los Auxiliares de vuelo de «Aviación y Comercio, Sociedad Anónima», convoca huelga para los días 22, 23, y 29 de febrero y 1 de marzo de 1984. El día 20 de febrero de 1984, el Ministerio de Turismo, Transportes y Comunicaciones dicta una Orden en que, en cumplimiento de lo previsto en el Real Decreto 2878/1983, de 16 de noviembre, se determinan los servicios a mantener para la salvaguardia de los intereses esenciales de la comunidad en la forma siguiente:

«2.º Las Compañías Iberia y Aviaco mantendrán, en lo que al transporte interior se refiere, el nivel del personal necesario para realizar íntegramente los siguientes servicios: La totalidad del transporte del correo; la totalidad del transporte de los productos perecederos; la totalidad del transporte de carga desde/o a las islas y entre ellas; la totalidad del transporte de pasajeros desde/o a las islas y entre ellas y desde/o a Melilla.

3.º (...) la Compañía Aviaco mantendrá, para los servicios que realiza para la aviación comercial, el siguiente personal: 13 por 100 de su plantilla fija del personal de tierra; 22 por 100 de su plantilla de tripulantes de cabina de pasajeros. Que se incluyen, respectivamente, en el detalle que figura en los anejos 2 y 3 a la presente Orden.

4.º El máximo de horas de actividad que podrá llevar a cabo cada miembro de la tripulación de cabina de pasajeros será el fijado por la legislación vigente».

Por carta de 22 de febrero de 1984, el Comité de Empresa mencionado, y para el cumplimiento de lo previsto en la Orden comunicada de 20 de febrero de 1984, consulta acerca del tipo de

Ha decidido:

Desestimar el presente recurso de amparo.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a 23 de abril de 1986.—Francisco Tomás y Valiente, Francisco Rubio Llorente.—Luis Díez-Picazo y Ponce de León.—Antonio Truyol Serra.—Eugenio Díaz Eimil.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Firmados y rubricados.

trabajo a desarrollar por los tripulantes de cabina de pasaje afectados por dichos servicios, al entender que se trata tan sólo de prestar servicios de mantenimiento de la seguridad, de modo que a menos que lo notifiquen por Aviación Civil este Comité entiende que la huelga obliga sólo a servicios mínimos. En respuesta a su consulta, se le comunica por la Dirección de Relaciones Industriales de la Compañía que el trabajo a realizar por el colectivo afectado será el programado normalmente para cada vuelo.

Tercero.—El referido Comité de Empresa interpone recurso contencioso-administrativo contra la Orden de 20 de febrero de 1984, conociendo de él la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que, en su Sentencia de 29 de septiembre de 1984 estima el recurso, anulando la Orden citada, por considerarla lesiva para el derecho de huelga del personal afectado. Básicamente, la decisión del Tribunal se fundamenta en que la concreción de los servicios esenciales a mantener, y del personal que debe realizarlos es una operación jurídica precedida por otra técnica, que fundamentalmente esa misma decisión. Toda esa actividad requiere que la toma de decisiones por la autoridad gubernativa no sea discrecional, sino que debe determinar en cada caso los conceptos indeterminados que configuran la noción del servicio esencial. Lo cual supone antes una tramitación adecuada en el cual se exprese la fundamentación suficiente (sobre todo cuando, como en el caso del transporte, tiene importantes aspectos técnicos) para poner de relieve que aquellos conceptos han sido debidamente aplicados y cómo lo han sido para permitir además la impugnación y fiscalización. Recurrida en apelación la referida Sentencia por el Abogado del Estado, la Sala Tercera del Tribunal Supremo dicta la suya, de 16 de enero de 1985 en la que, estimando el recurso, se revoca la resolución recurrida, habida cuenta de que la Orden objeto del proceso redujo notablemente el programa de servicios esenciales presentado por la Compañía «Aviación y Comercio, Sociedad Anónima», fijándolo en los términos en que lo hizo; la Orden citada no vulnera el derecho de huelga por la utilización de un 22 por 100 de la plantilla del personal Auxiliar de vuelo, no supone vaciar de contenido el derecho de huelga, atendidas las necesidades mínimas de servicios concurrentes en el presente caso, y ello resulta suficientemente explicitado en la referida Orden y en la documentación obrante en las actuaciones.

Cuarto.—Los recurrentes estiman que la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo impugnada vulnera el art. 28.2 de la Constitución Española por las siguientes razones:

a) La Orden de 20 de febrero de 1984 no ha sido comunicada a la Entidad convocante ni a los huelguistas afectados, figurando incluso indatada en el expediente, con lo que impidió que la huelga tuviera el efecto deseado por los convocantes.

b) La citada Orden carece de fundamentación técnica y de justificación objetiva.

c) La resolución impugnada permite el empleo de un número de trabajadores muy similar al normal de ocupación en un día en que no haya huelga. Ello aparte, la Empresa ha realizado un uso abusivo de la mencionada Orden, ocupando a un número de Auxiliares de vuelo superior al que ésta le autorizaba.

Por lo anterior, suplican de este Tribunal que dicte Sentencia en la que, tras declarar que la Orden de 20 de febrero de 1984 conculca el derecho de huelga de los reclamantes, anule la mencionada Orden y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 16 de enero de 1985.

Por providencia de 12 de junio de 1985, la Sección Cuarta acuerda admitir a trámite la demanda por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se requiere al Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, a la Audiencia Nacional y al Tribunal Supremo, a fin de que remitan las actuaciones de las que trae causa el presente recurso, emplazándose a los que fueron parte en el procedimiento. Por escrito de 10 de julio de 1985 comparece el Abogado del Estado, sin que lo hiciera la Empresa «Aviación y Comercio, Sociedad Anónima».