

Pablo
González
Mariñas

Profesor titular de dereiro
administrativo.
Universidade de
Santiago de Compostela

Dúas sentencias sobre o respecto ós principios de mérito e capacidade no acceso e promoción á función pública e o control xudicial da discrecionalidade técnica das comisións xulgadoras: STS do 4 de novembro de 1993

(Sala 3ª, ponente: Sr. Burón Barba) e STC 353/1993,
do 22 de novembro (ponente: Viver y Pi-Sunyer).

1. Consideración xeral

O tema do acceso e promoción ás funcións públicas con respecto ós principios de mérito e capacidade (artigos 23.2 e 103.3 da CE) é sempre cuestión de actualidade e conta xa cun referente na xurisprudencia ben coñecido e consolidado. Del debe partirse cando se trata, coma neste momento, de comentar dúas sentencias, un do Tribunal Supremo, outro do Tribunal Constitucional, que achegan na miña opinión matices e consideracións importantes na sempre lenta e difícil decantación na casuística de criterios precisos para a efectiva vixencia de mandatos constitucionais como aqueles ós que me refiro.

Nesa base xurisprudencial pode salientarse, sen ánimo exhaustivo ningún, a seguinte doutrina sentada polo Tribunal Constitucional:

“Hase de lembrar que o principio de igualdade no acceso ás funcións e cargos públicos consagrado no artigo 23.2 da Constitución, que ha de pórse en necesaria conexión cos principios de mérito e capacidade no acceso ás funcións públicas do artigo 103.3 da Constitución (STC 193/1987, do 9 de decembro), refírese ós requisitos que sinalen as leis, o que lle concede ó lexislador unha ampla marxe na regulación das probas de selección e na determinación de cales han de se-los méritos e capacidades que se tomarán en consideración. Esta liberdade está limitada pola necesidade de non crear desigualdades que sexan arbitrarias en canto alleas, non referidas ou incompatibles cos principios de mérito e capacidade”. (STC 67/1989, do 18 de abril).

No mesmo sentido, a STC 50/1986, do 23 de abril, sinala que

“aínda que a esixencia de que o acceso á función pública se faga conforme ós principios de mérito e capacidade, figura no artigo 103.3 e non o 23.2 da Constitución, a necesaria relación recíproca entre ámbolos preceptos, que unha interpretación sistemática non pode descoñecer, autoriza a concluír que, a máis da definición xenérica dos requisitos ou condicións necesarias para aspirar ós distintos cargos e funcións públicas, o artigo 23.2 da Constitución impón a obriga de non esixir para o acceso á función pública requisito ou condición ningunha que non se refira ós indicados conceptos de mérito e capacidade, de xeito que se puidesen considerar tamén violadores do principio de igualdade todos aqueles que, sen esa referencia, establezan unha diferenza entre españois.”

Resumindo, a doutrina que cabe extraer das sentencias citadas é que, en opinión do Tribunal Constitucional, existe unha evidente conexión entre o principio xeral de igualdade consagrado no artigo 14 da Constitución e o de acceso en condicións de igualdade ás funcións e cargos públicos, considerado no artigo 23.2 –que opera non só no momento do acceso senón ó longo da duración da relación funcional– o cal, pola súa vez, se pon en necesaria conexión cos principios de mérito e capacidade no acceso ás funcións públicas recollidos no seu artigo 103.3; e se ben o lexislador goza dunha ampla marxe para a determinación dos méritos e capacidade, a devandita mar-

xe vén limitada pola necesidade de non crear desigualdades que sexan arbitrarias en canto alleas, non referidas ou incompatibles cos principios citados, o que se traduce na imposición constitucional de non esixir ningún requisito ou condición que non se refira ós indicados conceptos de mérito e capacidade.

Finalmente, débese engadir tamén que para o TC "resultaría contrario ó dereito recoñecido no artigo 23.2 da Constitución calquera reserva, explícita ou encuberta, de funcións públicas *ad personam*" (STC 148/1986, do 25 de novembro).

2. As achegas das sentencias do 4 de novembro de 1993 (TS) e 353/1993, do 22 de novembro (TC)

2.1. A sentenza do TS do 4 de novembro de 1993.

Nesta sentenza resólvese o recurso de apelación interposto pola CA de Canarias contra a Sentencia do 14 de marzo de 1991, dictada polo TSX de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) no Recurso 647/89, sobre provisión de praza de xefe de servizo por libre designación.

Como consecuencia da estimación deste recurso (647/89), o TSX de Canarias anulou o nomeamento efectuado (por libre designación) pola Comunidade Autónoma en favor dunha funcionaria determinada e declarou o dereito da demandante a ocupa-la cuestionada praza de xefe de Sección do Servizo de Persoal da Consellería de Educación. Todo iso por entender que na recorrente concorían maiores méritos e, xa que logo, non se respectarían no nomeamento os principios de mérito e capacidade, polo que se incorría en desviación de poder.

A argumentación do TSX, sobre o punto clave dos méritos alegados, é certamente prolixa. Parte, loxicamente, dos elementos determinantes que se deben ter en conta na designación en cuestión: grao persoal e demais circunstancias e méritos relativos á antigüidade, ás titulacións, á experiencia e ós cursos de formación e perfeccionamento.

E, sobre esta base, argumenta:

“... se se comparan e contrastan as condicións e méritos da recorrente e os da funcionaria advírtese que os da demandante son superiores en tódolos conceptos, agás o do nivel (18) do posto de traballo que unha e outra desempeñaban con anterioridade e que era idéntico en ambas; así, a titulación da demandante é claramente superior (licenciada en dereito fronte a bacharelato superior); a antigüidade é igualmente moi superior a da demandante, pois esta ingresou no corpo xeral administrativo no ano 1971 (despois de acceder no ano 1968 ó corpo auxiliar), mentres que o ingreso da outra funcionaria no mesmo corpo se produciu no ano 1982, despois de permanecer no corpo auxiliar desde o ano 1977 e, con anterioridade, un ano neste último corpo; é tamén superior a experiencia da demandante, non só pola súa maior antigüidade, senón porque desempeñou postos máis relacionados coa xestión de persoal, o que lle conferiu un maior nivel na experiencia específica esixida na convocatoria, sen que se poida descoñecer para estes efectos que desde o 6 de xuño de 1986 a demandante se atopaba adscrita en comisión de servicios para realiza-la xestión de persoal da Consellería de Educación, segundo se desprende do documento número 16 dos achegados co escrito formalizando a demanda; finalmente, tamén os cursos de formación e perfeccionamento da demandante se deben considerar de maior relevancia cós da funcionaria nomeada se se poñen en relación coas características do posto de traballo que cubrir, pois entre os realizados por aquela figura un sobre “xestión de persoal” e precisamente na convocatoria esixíase como requisito do posto que se ía cubrir (base primeira en relación co anexo I) a de ser “experto en persoal”, circunstancia ou condición que á vista do curso realizado e tendo en conta tamén os anteriores postos desempeñados cómpre recoñecer de forma preeminente na demandante.”

E, en razón do anterior, o TSX conclúe:

“Se ningún dos motivos recollidos pola resolución como fundamento da decisión adoptada resulta favorable, no xuízo de comparación efectuado, á funcionaria nomeada, cómpre concluír que a designación realizada ten que ter unha motivación diferente da que nela se expresa, motivación oculta e ignorada que de ningún xeito respecta os criterios e principios constitucionais que deben orientalo acceso á función pública, sen que se poida xustifica-la mesma sobre a base da discrecionalidade que lle corresponde á Administración, pois poderíase admitir un uso razoable e xustificable desa discrecionalidade se nal-

gún do apartado ou criterios indicados a funcionaria designada amosase algunha condición superior á da demandante, pero é que ningún deles acredita algún mérito superior ó daquela, o que permite afirmar que a resolución impugnada descoñece por completo os principios de capacidade e mérito sinalados no art. 103 CE e que ten unha motivación distinta á que debe guiar a actividade administrativa en materia de promoción da función pública, de tal xeito que a falta dunha causa razoable na que se poida basear, é posible cualificala como arbitraria, incorrendo sen dúbida na desviación de poder que determina a estimación do recurso establecido con base no disposto no art. 83 LXCA."

Contra este fallo interpuxo a CA de Canarias recurso de apelación, pero o TS aceptou os fundamentos da sentenza apelada, tanto no tocante á existencia de *desviación de poder* ("que consiste neste caso en decidi-la convocatoria sen asegura-lo cumprimento dos fins do ordenamento xurídico e desenténdese dos principios de mérito e capacidade en materia de recrutamento e ascenso dos funcionarios públicos") como, no que máis nos interesa para os efectos deste comentario, respecto da *libre designación e a necesidade de respectar tamén nela os principios de mérito e capacidade*. Dise así nos considerandos da sentenza apelada aceptados polo TS:

"a. O sistema de libre designación, previsto como un dos mecanismos para a provisión de postos de traballo no art. 20 L 30/1984 do 2 de agosto (reforma da función pública), outórgalle á Administración unha ampla discrecionalidade para decidi-los candidatos que, de entre aqueles que acudan á convocatoria e cumpran os requisitos mínimos esixidos na mesma, han de cubri-los postos ofertados, discrecionalidade á que non é posible acudir no sistema do concurso de méritos, dado o carácter obxectivo e estrictamente regrado deste sistema, se ben iso non significa que a libre designación lle atribúa ó órgano competente un poder omnímodo para decidi-lo que queira, pois a *decisión debe axustarse ó interese público, e débense respecta-los principios de mérito e capacidade*.

b. O sistema de libre designación para a provisión de postos de traballo non empece para que se poida apreciar a *desviación de poder* cando na selección dos candidatos se marxinan os méritos e capacidade e se frustra o interese público, pois de ningún xeito se pode entender aberta a porta a unha discrecionalidade absoluta e moito menos a arbitrarias apreciacións (Cfr. TSS do 16 de maio de 1989).

c. Tratándose no caso de determinar se a resolución recorrida, que otorgou unha praza de xefe de servizos polo sistema de libre designación, se basea na discrecionalidade que o tal sistema lle concede á Administración ou se, pola contra, a devandita resolución responde a unha motivación allea ó interese público, e comparando as condicións e méritos da recorrente e os da funcionaria á que se lle outorgou a praza, advírtese que os da demandante son superiores en tódolos conceptos, agás o do nivel de posto de traballo que unha e outra desempeñaban con anterioridade e que era idéntico en ámbalas dúas, polo que non se pode xustificar esta resolución sobre a base da discrecionalidade que lle corresponde á Administración, descoñecendo, pola contra, os principios de mérito e capacidade –art. 103 CE–, tendo unha motivación distinta da que debe guiar a actividade administrativa en materia de promoción da función pública, de maneira que é posible cualificala como arbitraria, incorrendo sen dúbida na desviación de poder.”

Na súa sentenza, o TS limitouse a confirmala nulidade do acto impugnado, sen levar a cabo unha declaración de dereitos individualizados, argüindo tanto o carácter revisor da xurisdicción coma a dificultade de prexulgarlo peso que unha correcta motivación da proposta (aquí insuficiente e constitutiva de desviación de poder) puidese ter na resolución da libre designación. Pero isto pouco importa. O valor da sentenza radica, sen dúbida, nos concluíntes fundamentos da inequívoca esixencia dos principios de mérito e capacidade tamén nas convocatorias que se resolvan polo procedemento de libre designación e a decidida aplicación, depuradora de excesos, da desviación de poder.

2.2. A sentenza do TC nº 353/1993, do 22 de novembro.

Trátase da sentenza recaída en recurso de amparo contra a Sentencia da Sala 3ª do TS, do 8 de novembro de 1990 (apelación fronte á dictada no seu día polo TSX de Navarra en recurso contencioso administrativo).

Os feitos, segundo se recollen literalmente, restrínxense ó seguinte:

“a. O demandante de amparo participou nas probas selectivas para o ingreso no Corpo de Oficiais da Administración de Xustiza, convocadas pola Orde do Ministerio de Xustiza do 30 de decembro de 1987, aprobando

o primeiro exercicio e o relativo ó manexo de máquinas informáticas. Non superou, sen embargo, o segundo exercicio, que consistía nun exame de tipo test, ó cualificalo Tribunal como correctamente contestadas 83 preguntas, polo que a puntuación obtida (5'00 puntos), sumada á acadada no primeiro exercicio (7'5 puntos) e por méritos (1'795 puntos), era inferior á puntuación mínima esixida para obter praza (14'995 puntos).

b. O solicitante de amparo, ó considerar que existira erro na cualificación do segundo exercicio efectuada polo tribunal, pois estimou este equivocadas as respostas dadas a catro preguntas –as dos números 42, 67, 82 e 86– que, na súa opinión, eran correctas, instou a revisión do seu segundo exercicio e, posteriormente, interpuxo recurso de reposición contra a Resolución do subsecretario do Ministerio de Xustiza do 11 de outubro de 1988, pola que se publicou a relación definitiva de aspirantes aprobados, que foi resolto con atraso e desestimándoo.

c. Interposto o recurso contencioso-administrativo, foi desestimado pola Sentencia da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Navarra do 12 de setembro de 1989.”

Sobre estes feitos aplicaron abondos fundamentos xurídicos, tanto o TSX de Navarra coma o TS e, finalmente, o TC.

O TSX de Navarra, tras se referir á doutrina do TS sobre os límites da revisión xurisdiccional respecto dos criterios técnicos e funcións dos tribunais cualificadores de oposicións, manifesta, á vista do expediente administrativo, que no caso en cuestión o tribunal cualificador “comportouse de acordo coa máis escrupulosa legalidade na súa actuación, e en ningún momento se observa arbitrariedade no seu comportamento ou desviación de poder”.

E, de seguido, malia recoñecer que a interpretación dalgunhas preguntas non era unívoca (estaban formuladas de xeito impreciso, pois prestábanse, como as núms. 42, 67 e 86, á confusión do opositor) e recoñecendo así mesmo que incluso “se pode afirmar que é moi posible que, alén de toda dúbida razoable na pregunta 82 hase de considerar acertada a resposta do opositor, e non a dada por boa polo tribunal cualificador”, considera a Sala que “sen embargo, un problema de seguridade xurídica básica esixe que non se poidan discutir pequenas imprecisións e erros que inevitablemente existen en toda cualificación humana”.

De seguido, alude á falta de precisión da linguaxe xurídica e ás diversas interpretacións a que son propensos os exames tipo test, para afirmar que a precisión absoluta é imposible en calquera tipo de proba selectiva e que os criterios particulares de cualificación dos exames ordinarios están inzados de inexactitudes e aínda de erros do que xulga, sen que por iso se desnaturalice o xuízo emitido, agás nos supostos de desvío de poder ou de arbitrariedade, cando se trata dun erro grave e manifesto que cabe presupoñer fundado na malicia do que xulga.

Considera, a máis, que o principio de igualdade no acceso á función pública lle impide dar satisfacción á proposta do recorrente, xa que, en calquera caso, a resolución axeitada, de estima-los seus argumentos, sería reordenar a cualificación de tódolos opositores, corrixidos por ordenador, dado que podería resultar que outros opositores excluídos respondesen tamén acertadamente ás mesmas preguntas, sendo sen embargo limitado o número de prazas convocadas. No caso de se estima-lo recurso –continúa o TSX– deberíaselles da-la posibilidade a outros opositores para que formulasen tamén alegacións verbo de preguntas imprecisas ou erros que entendesen que os desfavorecían, podendo ocorrer mesmo que estes impugnasen como inválidas algunhas das preguntas que o recorrente e mailo tribunal cualificador estimasen acertadas. Iso –conclúe o TSX– “conduciría a abrir un debate interminable, no que os tribunais de xustiza se verían abocados a se converter en tribunais cualificadores e cualificando cometerían, sen dúbida, novos erros e imprecisións”.

O TS, pola súa banda, asume os criterios do TSX e, logo de salientar que non cabe dúbida sobre as limitacións da revisión xurisdiccional no que afecta ó contido técnico dos exercicios e ó acerto ou desacerto da formulación e resolución das preguntas contidas nun cuestionario uniforme para todos, entende que, aínda aceptando que houbo confusión na formulación dunha pregunta e un erro patente na fixación das respostas sinaladas como correctas para tres delas, “non é posible concluír, illando catro respostas de un único opositor, que esas anomalías xustifiquen as pretensións do recorrente de que sexa declarado aprobado e o inclúan automaticamente no número de prazas convocadas”.

Pola súa parte, na súa sentenza de amparo, o TC re-

bate, con abondos argumentos xurídicos, a fundamentación da demanda que fai o recorrente, que entendía vulnerados polas precitadas sentencias xudiciais os dereitos recoñecidos nos artigos 24.1 e 23.2 da CE. Recóllese o substancial deste baseamento, na literalidade resumida, da sentenza:

“a. Segundo o recorrente, a Sentencia do Tribunal Superior de Xustiza, e tamén, na medida que a confirma, a dictada polo Tribunal Supremo, vulneran o dereito á tutela xudicial efectiva recoñecido no artigo 24.1 da CE ó ter eludido responde-las cuestións formuladas no proceso contencioso-administrativo, abeirándose en que os tribunais de xustiza non poden substituír nas súas funcións os tribunais cualificadores dos concursos e oposicións e, en concreto, na limitación da revisión xurisdiccional en canto afecte ó contido técnico dos exercicios e ó acerto ou desacerto da formulación ou resolución dos mesmos. Ámbolos dous argumentos resultan propios da preparación cualificada dos xuíces e tribunais. Así, en supostos substancialmente idénticos ó que agora consideramos, outros órganos xudiciais –as salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de Murcia e Extremadura– anularam as actuacións do correspondente tribunal cualificador e declararon o dereito dos recorrentes á súa inclusión na lista de aspirantes que superaron as probas selectivas. En definitiva, os órganos xudiciais ó non entrar nin sequera nas sentencias agora impugnadas a considera-las actuacións contrarias ó dereito do tribunal cualificador, denegáronlle ó solicitante de amparo o dereito á tutela xudicial efectiva.

b. Delimitada nos termos expostos a primeira das cuestións que se suscitou no presente recurso de amparo, cómpre traer a colación a doutrina deste tribunal relativa á fiscalización por parte dos xuíces e tribunais das decisións ou actuacións dos tribunais ou comisións cualificadores que han de resolve-las oposicións e concursos. Nesta doutrina o Tribunal Constitucional, facendo súa unha consolidada doutrina da xurisprudencia aplicada polos tribunais ordinarios, tivo ocasión de manifestar que, aínda que os tribunais da xurisdicción contencioso-administrativa son certamente competentes para axuíza-la legalidade da actuación dos órganos vulgadores das oposicións ou concursos, de ningún xeito poden substituír estes no que as súas valoracións teñen de apreciación técnica, pois de se admitir esta hipótese terían que se constituír en cada caso en fiscalizadores de cada tribunal ou comisión cualificadora con parámetros non xurídicos, senón pertencentes en cada ocasión a unha téc-

nica diversa, isto é, a concernerente á materia, os coñecementos da cal se lles esixise ós opositores ou concursantes, e este suposto é absurdo non só porque implicaría a omnisciencia dos órganos xudiciais, senón porque este están chamados a resolver problemas xurídicos en termos xurídicos e nada máis (AATC 274/1983; 681/1986). O que non supón descoñece-lo dereito á tutela xudicial efectiva recollido no artigo 24.1 da CE, nin o principio do sometemento pleno da Administración pública á lei e ó dereito (art. 103.2 CE), nin a esixencia do control xudicial sobre a actuación administrativa e a súa submisión ós fins que a xustifican (art. 106.1 CE), así como tampouco ignora-los esforzos que a xurisprudencia e a doutrina realizaron e realizan para que o tal control xudicial sexa o máis amplo e efectivo posible. Supón simplemente sinalar que este control xudicial, do que non se poden excluí-las resolucións administrativas que resolvan oposicións ou concursos, ten, pola súa propia natureza, certos límites ou modulacións (SSTC 39/1983, fundamento xurídico 4; 97/1993, fundamento xurídico 2). Así ocorre, dicimos nas citadas sentencias, en cuestións que se han de resolver por un xuízo fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que só pode ser formulado por un órgano especializado da Administración e como tal escapa ó control xurídico, que é o único que poden exercer-los órganos xurisdiccionais e que, naturalmente, deberá exercelo na medida en que o devandito xuízo técnico afecte ó marco legal en que se encastra, é dicir, sobre as cuestións de legalidade que se formulen no caso, utilizando para este efecto tódalas posibilidades que se foron incorporando ó noso acervo xurídico.

En definitiva, como sinala o avogado do Estado no seu escrito de alegacións, a existencia dun ámbito de discrecionalidade administrativa técnica en determinados supostos, entre os que se atopa a cualificación de exames e probas nas oposicións e concursos, non supón a desaparición do dereito á tutela xudicial efectiva. O acto administrativo de cualificación poderá ser obxecto da acción fiscalizadora dos tribunais de xustiza. O que ocorre en tales casos é que a revisión xurisdiccional –en canto á valoración do tribunal cualificador no que de apreciación técnica teña en por si escapa ó control xurídico– experimenta determinadas modulacións ou limitacións que atopan o seu fundamento nunha “presunción de racionalidade” ou “de certeza” da actuación administrativa, apoiada na especialización e na imparcialidade dos órganos establecidos para realiza-la cualificación. Agora ben, aquela presunción, en tanto que presunción *iuris*

tantum, tamén se poderá desvirtuar se se acredita a infracción ou descoñecemento do proceder razoable que se presume no órgano cualificador, ben por desviación de poder, arbitrariedade ou ausencia de toda posible xustificación no criterio adoptado.

c. Non se pode realmente aceptar que no presente suposto descoñecesen as resolucións xudiciais impugnadas o dereito do recorrente en amparo á tutela xudicial efectiva sen indefensión, o que ocorrería se os órganos xudiciais desen por boa, sen máis, a decisión administrativa sen realiza-lo esixible control da mesma que impón o artigo 24.1 da CE (STC 97/1993, fundamento xurídico 1º). Nas sentencias recorridas, os órganos xudiciais, de acordo cunha consolidada doutrina xurisprudencial sobre o control polos tribunais de xustiza das actuacións e decisións dos tribunais e comisións que han de resolver os concursos e oposicións, proceden a fiscalizar desde o plano da legalidade a actuación do órgano cualificador, desestimando a pretensión do agora demandante de amparo ó non considerar que o xuízo e os criterios de cualificación do tribunal –agás, quizais, nunha das preguntas nas que se vén admiti-la posibilidade de que a resposta acertada é a do opositor–, terían incorrido en erro grave ou manifesto fundado na malicia da comisión avaliadora ou en descoñecemento inescusable da materia xulgada e, en consecuencia, fose apreciable na súa actuación indicio ningún de arbitrariedade ou desviación de poder, pois debido ás diversas interpretacións ás que son propensos os exames de tipo test, o carácter esencialmente discutible de toda materia xurídica e a falta absoluta de precisión da linguaxe xurídica, o significado das respostas non era necesariamente unívoco, e quedaba por conseguinte sometido á discrecionalidade técnica e na marxe de apreciación do tribunal cualificador.

Os órganos xudiciais examinaron nas sentencias impugnadas a legalidade da actuación do tribunal cualificador e resulta incuestionable que o recorrente en amparo obtivo resposta xudicial motivada e fundada no dereito á pretensión que deduciu na vía xurisdiccional. Esa resposta foille desfavorable, pero o feito de que os argumentos e razoamentos nos que se baseou a desestimación da súa pretensión sexan, ó seu xuízo, discutibles ou, mesmo, contrarios ós adoptados en supostos similares por outros órganos xudiciais non pode darlle nin cobertura nin apoio constitucionais á súa queixa. Non lle compete a este tribunal emitir xuízo ningún sobre a corrección dos referidos criterios de cualificación, pois o devandito xuízo sitúase no plano da legalidade ordina-

ria alleo ó abeiro constitucional, e constando que o motivo polo que os órganos xudiciais desestimaron a pretensión do recorrente é o de que non se podía considerar como manifestamente errónea ou arbitraria a actuación do Tribunal cualificador, non se pode estimar vulnerado o dereito recoñecido no artigo 24.1 da CE.

Non se produciu, en consecuencia, lesión ningunha do dereito á tutela xudicial efectiva nin o recorrente en amparo sufriu indefensión, sen que, ademais, se lle poida dar relevancia constitucional ningunha á circunstancia de que outros órganos xudiciais chegasen a manter, en supostos similares, un criterio distinto ó sostido nas resolucións xudiciais impugnadas. Máis aínda, nin sequer esa discrepancia entre uns e outros órganos xudiciais se pode conceptuar como vulneradora do principio de igualdade na aplicación da lei, dado que é o criterio do órgano xudicial superior, neste suposto o do Tribunal Supremo, o que en todo caso debe prevalecer. Finalmente hase de sinalar, fronte ó que de adverso se di na demanda de amparo, que en ningún momento nas sentencias impugnadas se recoñece nin se estima acreditado que o recorrente en amparo debeu obter unha puntuación superior á doutros opositores incluídos na lista de aprobados, así como que a afirmación do Tribunal Supremo referida ó erro patente que puidese apreciarse nas contestacións sinaladas polo tribunal cualificador a tres das preguntas non se pode entender, como así resulta do seu contexto e do seu teor literal, senón como unha afirmación meramente hipotética que actúa como razoamento complementario á desestimación da pretensión do solicitante de amparo, xa que, a xuízo da sala, aínda naquel suposto non podería accederse á súa petición de que o incluían automaticamente na lista de aprobados dado o número limitado de prazas convocadas.

d. A segunda das vulneracións constitucionais aducidas é a do dereito a acceder en condicións de igualdade ós cargos e funcións públicas consagrad, no artigo 23.2 da CE, ó terse impedido o ingreso do recorrente no Corpo de Oficiais da Administración de Xustiza, pois, ó seu entender, debeu obter nas probas selectivas unha puntuación superior á dalgún dos opositores incluídos na lista de aprobados se se cualificase correctamente o último dos exercicios da oposición.

O artigo 23.2 da CE, ó recoñecerlles ós cidadáns o dereito a acceder en condicións de igualdade ós cargos e funcións públicas cos requisitos que sinalen as leis, concre-

ta o principio xeral de igualdade no ámbito da función pública. Non lles confire dereito substantivo ningún á ocupación de cargos nin a desempeñar funcións determinadas (SSTC 50/1986; 200/1991), senón que lles garante ós cidadáns unha situación xurídica de igualdade no acceso ás funcións públicas, coa conseguinte imposibilidade de establecer requisitos para acceder ás mesmas que teñan carácter discriminatorio (SSTC 193/1987; 47/1990); outórgalles un dereito de carácter reaccionario para impugnar ante a xustiza ordinaria toda norma ou aplicación concreta dunha norma que crebe a igualdade (SSTC 148/1986; 200/1991). E interpretado sistematicamente co segundo inciso do artigo 103.3 da CE impón a obriga de non esixir para o acceso á función pública ningún requisito ou condición que non se refira ós principios de mérito e capacidade (SSTC 50/1986; 148/1986; 206/1988; 67/1989; 215/1991). O que de ningún xeito resulta viable pretender deste tribunal, baixo a invocación daquel dereito fundamental, é a revisión do decidido polo órgano administrativo cualificador e, posteriormente, confirmado polos órganos xudiciais competentes.

O citado dereito fundamental impide, no que agora importa, que se produzan pretericións *ad personam* no acceso ás funcións e cargos públicos, e neste sentido procederá un enxuzamento neste proceso constitucional cando se denuncie que para a provisión dos tales empregos ou cargos se introduciron polas administracións públicas, expresamente ou non, referencias individuais, cando, noutra hipótese, existise creba relevante no procedemento que levara á preterición dun aspirante ó cargo ou á función, ou cando, en fin, no se considerasen polo tribunal que resolveu na vía previa ó amparo, ou se decidisen en termos razoables, as tachas opostas por quen se diga discriminado na provisión final do posto outorgado en desprezo dos principios de mérito e capacidade. O que non se pode pedir en vía de recurso de amparo é que este tribunal examine, e, de se-lo caso, revise ou rectifique a estimación que dos méritos e capacidades dos aspirantes a determinados postos se leve a cabo polos órganos cualificadores dos concursos e oposicións, pretensión esta que confundiría o resolto nun procedemento, necesariamente selectivo coa afectación do dereito *ex* artigo 23.2 da CE e que significaría, polo mesmo, pedirlle a este Tribunal Constitucional algo que non entra na súa xurisdicción (ATC 1239/1987), polo que non se pode senón concluír que no presente suposto non existiu vulneración do dereito a acceder á función pública en condicións de igualdade.

SENTENCIA

REGAP

En atención a todo o exposto, o Tribunal Constitucional,
POLA AUTORIDADE QUE LLE CONFIRE A CONSTITUCIÓN
DA NACIÓN ESPAÑOLA

Decidiu

Desestima-lo recurso de amparo interposto por
don Gregorio Moreno Merino.

Publíquese esta sentenza no *Boletín Oficial do Estado*."

3. A xeito de conclusión

Parece claro que no proceso de concreción do mérito e capacidade no acceso e promoción na función pública, hai, como sempre, luces e sombras. E fronte á sensación reconfortante que se pode sentir coa comentada sentenza do TS (levando con rigor os tales principios ó seo mesmo da libre designación), a Sentencia 353/93 do TC, denegando o amparo, non propende ó mesmo. Parece que o xulgador quixese coutar para sempre toda posibilidade de control de actuación dos tribunais ou comisións cualificadoras e, aínda que no caso semella claro que hai cuestións de legalidade (o erro existe, xa que unha resposta do opositor demandante de amparo era a correcta e daríalle, de se computar así, dereito á praza), o TC esvae a súa fiscalización. Amplía, sen dúbida, o concepto de discrecionalidade técnica, reduce por conseguinte as "cuestións de legalidade" e entende que, malia todo (consecuencias certamente graves e ablativas para o recorrente), non se debilita no caso a presunción de racionalidade da actuación do tribunal cualificador nin se incorre en desvío de poder ou arbitrariedade. O tempo dirá se se consolidan estes restrictivos criterios. 