



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, presidente; los magistrados don Antonio Narváez Rodríguez, don Cándido Conde-Pumpido Tourón, don Ramón Sáez Valcárcel y don Enrique Arnaldo Alcubilla, y la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera, ha pronunciado

### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4042/2018, promovido por la Asociación de Profesores Superiores de Música de Andalucía, representada por el procurador don Francisco Javier Díaz Romero, y asistida por la letrada Doña Elisabeth Amil Gómez contra la Orden de 16 de marzo de 2017, de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, por la que se convoca un procedimiento selectivo para el acceso al cuerpo de catedráticos de Música y Artes Escénicas, y contra los autos de 24 de julio de 2017 que inadmite el recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales de la persona interpuesto por la asociación recurrente contra la referida orden y el de 6 septiembre de 2017 que lo confirma. Han comparecido el Ministerio Fiscal y la letrada de la Junta de Andalucía. Ha sido Ponente el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

### I. Antecedentes

1. Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el día 13 de julio de 2018, el procurador don Francisco Javier Díaz Romero, en nombre de la Asociación de Profesores Superiores de Música de Andalucía, interpuso recurso de amparo contra la Orden de 16 de marzo de 2017, de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, por la que convoca un procedimiento selectivo para el acceso al cuerpo de catedráticos de Música y Artes Escénicas y contra los autos

de la Sala de lo Contencioso-administrativo en Sevilla, de 24 de julio de 2017, por el que se inadmite el recurso contencioso-administrativo para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona interpuesto contra la referida orden, y el de 6 de septiembre de 2017, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra aquel.

2. El recurso de amparo tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) La Consejería de Educación de la Junta de Andalucía aprobó la Orden de 16 de marzo de 2017 antes citada.

b) La Asociación de Profesores Superiores de Música de Andalucía (APSMA) interpuso contra esta orden recurso contencioso administrativo para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

En su recurso se alegaba que la referida orden vulneraba los arts. 23.2 y 14 CE, y los principios de mérito, capacidad e igualdad, porque omitía la "valoración positiva de la actividad docente", que es un requisito que ha de baremarse, según establece al artículo 39 del Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, acceso y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes, a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y se regula el régimen de ingreso a que se refiere la disposición transitoria decimoséptima de la citada ley. Asimismo adujeron que la base 2.2.1, al acotar el modo en que se puede acreditar la formación y la capacidad de tutela de las investigaciones propias de las enseñanzas artísticas y no considerar acreditada esta exigencia a quienes, sin pertenecer al cuerpo de catedráticos de Música, han sido nombrados por la Administración para ejercer estas funciones temporalmente vulnera también por este motivo el art. 23.2 CE y 14 CE.

En el trámite de admisión regulado en el art. 117 LJCA el Ministerio Fiscal solicitó su continuación por existir indicios de la existencia de vulneración de derechos fundamentales.

c) Por auto de 24 de julio de 2017, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla, Sección Tercera, inadmitió el recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales de la persona por estimar



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

inadecuado este procedimiento, al apreciar que las cuestiones planteadas no afectaban al contenido de los derechos fundamentales invocados.

d) Frente a dicho auto la APSMA interpuso recurso de reposición que fue desestimado por auto de 6 de septiembre de 2017 de la misma Sala y Sección.

e) La APSMA preparó recurso de casación contra el auto dictado el 6 de septiembre de 2017. Por providencia de 31 de mayo de 2018, la Sección de admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo acordó la inadmisión a trámite del recurso de casación preparado por carencia en el recurso de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

f) El 13 de julio de 2018 la APSMA presentó recurso de amparo contra el auto de inadmisión de 24 de julio de 2017, contra el auto de 6 de septiembre de 2017, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el primero, y contra la Orden de 16 de marzo de 2017.

3. La asociación recurrente denuncia en su demanda de amparo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y la vulneración del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE).

a) A los autos de la Sala de lo Contencioso-administrativo en Sevilla -Sección Tercera- del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 24 de julio de 2017 y de 6 de septiembre de 2017 -confirmatorio del anterior-, les imputa la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por denegación de acceso a la jurisdicción, del principio *pro actione*, y adelantamiento del fallo.

En la demanda se alega que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, tanto en el auto de inadmisión del recurso como en el auto por el que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra aquel, vulneró el principio *pro actione*. Se sostiene que el recurso cumplía todos los requisitos formales y no se debió inadmitir por entender que el derecho fundamental alegado no había sido vulnerado. Se considera que esta es la cuestión de fondo que tiene que resolver la sentencia que ponga fin al proceso. Entiende la asociación recurrente que en el escrito de interposición del recurso se contiene una exposición justificativa "*prima facie*" de la necesidad



de acudir a este procedimiento especial, en atención al derecho fundamental que se conculca. Cita en su argumentación la STC 31/1984, de 7 de marzo, que exige un “planteamiento razonable de que la pretensión ejercitada versa sobre un derecho fundamental, con independencia de que posteriormente el análisis de la cuestión debatida conduzca o no al reconocimiento de la infracción”. A su juicio, el escrito de interposición del recurso cumple esta exigencia.

Argumenta, asimismo, que los autos que impugna entran a concretar la naturaleza y contenido de los citados derechos fundamentales, contrastando con los mismos la actuación administrativa, lo que resulta propio precisamente de un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada. También alega que el propio órgano judicial excluyó que la inexistencia de lesión a los derechos fundamentales aparezca como manifiesta, pues consideró que no procedía efectuar pronunciamiento alguno en cuanto a las costas “dado el carácter dudoso de la controversia”.

b) A la Orden de 16 de marzo de 2017 le imputa la vulneración del art. 23.2 CE. Alega al respecto, por un lado, que la orden excluye la evaluación de la actividad docente de forma contraria al art. 39 del Real Decreto 276/2007, lo que no solo contradice la norma marco para convocar estos procesos selectivos, sino que además vulnera el art. 23.2 CE (“derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”), así como los principios de mérito y capacidad. Entiende la asociación recurrente que la omisión de esta exigencia “no es una cuestión de legalidad ordinaria puesto que al ser el art. 23.2 CE un artículo de configuración legal, se requiere el cumplimiento de los requisitos legales directamente vinculados a la forma de convocar el proceso selectivo.

Por otra parte, alega que la base 2.2.1 de la Orden de 16 de marzo de 2017 –que requiere como requisito específico estar en posesión del título de Doctor, del reconocimiento de suficiencia investigadora o el certificado-diploma acreditativo de estudios avanzados (DEA) o de un Máster para “acreditar la formación y capacidad de tutela en las investigaciones propias de las enseñanzas artísticas”- es nula de pleno derecho por vulnerar el art. 23.2 y 14 CE en la medida en que la Administración andaluza exige requisitos no requeridos ni por la ley ni por el real decreto que la desarrolla.

Sostiene que no se dan razones justificadas fundadas en Derecho que sirvan de base a dicha decisión de dejar fuera de la posibilidad de promoción a quienes hasta el momento actual



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

se considera aptos para el cargo y con capacidad acreditada y que ejercen como catedráticos en comisión de servicios. Argumenta que la Administración ha establecido requisitos que, si bien podrían ser valorados como un mérito, no está justificado que sean excluyentes, vedando la posibilidad de acreditar la aptitud o capacidad de tutela mediante la experiencia profesional prolongada. Se afirma que no es comprensible que se pueda tener capacidad para ejercer las funciones de catedrático en comisión de servicios, pero no para concurrir a un proceso selectivo para acceder a este cuerpo de funcionarios.

4. La Sección Tercera de este Tribunal, por providencia de 25 de marzo de 2019, acordó su admisión a trámite, al apreciar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el asunto suscitado trasciende del caso concreto al plantear una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ2, g)].

5. Una vez recibidas las actuaciones a que se refiere el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y habiéndose personado la letrada de la Junta de Andalucía, el secretario de Justicia de la Sala Segunda, por diligencia de ordenación de 13 de junio de 2019, dio un plazo común de veinte días para que las partes personadas y el Ministerio Fiscal pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme establece el art. 52 LOTC.

6. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el 24 de julio de 2019. Considera, en primer lugar, que, aunque en este caso la vía judicial concluyó con una decisión de inadmisión por inadecuación de procedimiento, se agotó debidamente, pues esta decisión conlleva que el órgano judicial consideró inexistente la vulneración de derechos fundamentales invocada (se cita la STC 363/1993, de 13 de diciembre, FJ 2). Entiende, asimismo, que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal, en los recursos de amparo mixtos, como es el presente recurso, ha de analizarse en primer lugar la vulneración del derecho fundamental que se imputa a la Administración -en este caso la vulneración del art. 23.2 CE- y solo en el supuesto de que esta queja fuera desestimada procedería examinar las vulneraciones que se imputan al órgano judicial -en este supuesto la vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE)-.

Antes de efectuar el examen de los concretos motivos en los que la asociación recurrente fundamenta la vulneración del art. 23.2 CE que se imputa a la orden impugnada el fiscal expone la jurisprudencia constitucional sobre el referido derecho fundamental, que sintetiza del siguiente

modo: i) el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes es un derecho de configuración legal; ii) es un derecho reaccional que permite impugnar toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad; iii) cuando se aduce la genérica vulneración del principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas, esta alegación debe entenderse comprendida en el derecho más específico consagrado en el artículo 23.2 CE; iv) el derecho de igualdad que consagra el art. 23.2 CE tiene un mayor alcance que el que garantiza el art. 14 CE habida cuenta de que tiene distintas manifestaciones (el derecho a la predeterminación normativa, la igualdad ante la ley, y la igualdad en la aplicación de las normas que regulen los procedimientos selectivos); v) es un derecho que se proyecta durante toda la relación funcional; vi) solo se proyecta sobre las funciones públicas que se prestan a través de puestos de carácter estatutario, quedando excluidas del ámbito del derecho fundamental aquellas funciones públicas que se lleven a cabo a través de una relación laboral o mediante cualquier otra fórmula contractual con la Administración; vii) al remitir el art. 23.2 CE a los “requisitos que señalen las leyes”, la ley, en colaboración con el reglamento, debe determinar qué requisitos van a ser exigidos para acceder a las funciones públicas, operando la ley como un valladar frente a cualquier imposición de requisitos, condicionantes o incompatibilidades no previstos en ella; viii) el establecimiento *ex ante* de los criterios en virtud de los cuales se va a resolver el procedimiento selectivo desempeña una doble función: garantiza que el órgano administrativo encargado de valorar a los candidatos no actúe con excesivo arbitrio y hace posible un ulterior control judicial de los procesos de selección; ix) si bien los problemas atinentes a la relación que debe existir entre la ley y el reglamento son cuestiones de legalidad ordinaria, esta cuestión adquiere relevancia constitucional en los supuestos en los que la ley establece los requisitos que han de cumplir los candidatos para acceder a las funciones públicas dado que el establecimiento de requisitos distintos conllevaría la vulneración del principio de igualdad y del derecho fundamental que garantiza el artículo 23.2 CE; x) resulta totalmente proscrita la posibilidad de que por vía reglamentaria o mediante actos de aplicación de la ley o de las normas reguladoras de acceso a un determinado puesto de la función pública se incorporen nuevos requisitos carentes de toda cobertura legal (STC 138/2000, de 29 de mayo); xi) mediante la exigencia de la predeterminación normativa se garantiza que sea la ley la que determine los requisitos de acceso para las distintas funciones públicas; xii) la garantía de igualdad en la ley no proscribiera toda desigualdad de trato, sino solo aquella en la que la diferencia establecida por la norma carezca de una justificación objetiva y razonable y resulte desproporcionada; xiii) y una interpretación sistemática de la CE (arts. 103.3 CE y 23.2 CE) debe llevar a concluir que del art.



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

23.2 CE se deriva la obligación de no exigir para el acceso o la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad.

El Ministerio Fiscal analiza a continuación si la orden impugnada, al no establecer la evaluación positiva de la actividad docente como un mérito que ha de valorarse en los procesos selectivos que convoca, ha vulnerado el derecho fundamental que consagra el art. 23.2 CE. El fiscal, tras apreciar que las normas que regulan el tipo de concursos que convoca la orden impugnada exigen la valoración del referido mérito (el art. 39.1 del Real Decreto 276/2007, el anexo segundo de esta norma y del apartado 2 de la disposición adicional duodécima de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de educación) analiza si esta omisión, además de infringir esta normativa, conlleva también una infracción constitucional. Para ello parte de tres conceptos fundamentales que dimanar de la doctrina constitucional sobre el art. 23.2 CE: i) el derecho a la predeterminación normativa que resulta del art. 23.2 CE y del art. 103.3 CE, lo que implica que sea la ley, en colaboración con el reglamento, la que determine qué requisitos van a ser exigidos para acceder a las funciones públicas; ii) que tales requisitos estén orientados a lograr la igualdad en el acceso en la función pública, y iii) que este derecho a la predeterminación normativa puede ser invocado autónomamente en el recurso de amparo cuando va unido a la vulneración de la igualdad, el mérito y la capacidad.

A juicio del fiscal, en el presente caso se cumplen estas exigencias. Considera que i) tanto la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación como el RD 276/2007 contemplan entre los méritos que han de ser valorados para ocupar estos puestos en la función pública la "evaluación positiva de la actividad docente"; ii) este mérito está orientado a lograr la igualdad en el acceso a las funciones públicas o, al menos, no se evidencia que no tenga esta finalidad y iii) y puede ser invocado autónomamente en amparo, pues su omisión vulnera la igualdad y el principio de mérito y capacidad. Por todo ello entiende que la orden impugnada, al omitir el referido mérito, ha vulnerado el derecho que consagra el art. 23.2 CE.

También considera el fiscal que la orden impugnada vulnera el art. 23.2 CE porque para "acreditar la formación y capacidad de tutela en las investigaciones propias de las enseñanzas artísticas" exige unos requisitos de titulación que no son los previstos ni en la Ley Orgánica de educación ni en el RD 276/2017. Señala, además, que la orden recurrida no prevé la valoración de "otros cursos de perfeccionamiento superados que versen sobre actualización científica y didáctica" que establece el Anexo II del Real Decreto 276/2007. Por ello considera que, como en

el caso anterior, "el requisito establecido legal y reglamentariamente, de carácter igualitario y de priorización del mérito, es configurado por la Administración según su libre albedrío", lo que conlleva que también por este motivo la orden impugnada sea contraria al art. 23.2 CE

Finalmente, el Ministerio Fiscal señala que la viabilidad del recurso de amparo viene condicionada por la existencia de una lesión efectiva y real de los derechos fundamentales, de modo que, tal y como señaló la STC 363/1993, de 13 de diciembre, FJ 4, no sería posible obtener "un pronunciamiento abstracto sobre la constitucionalidad de las bases de un concurso, haciendo caso omiso de las circunstancias concretas que pudieran sobrevenir a la impugnación de la convocatoria". Entre tales circunstancias estarían: i) los resultados del propio concurso; ii) la actitud de los interesados en cuanto a tomar o no parte en el concurso; iii) el hecho de haber sido admitidos o excluidos los interesados de las pruebas selectivas, iv) el hecho de haber solicitado plazas distintas a aquellas cuyas bases se impugnaron.

En consecuencia, concluye que dado que se desconocen las circunstancias concretas acaecidas con los aspirantes que no hubieran podido obtener la plaza a la que concursaron, no puede contemplarse la existencia de una lesión efectiva y real de los derechos fundamentales, sino un mero riesgo potencial de lesión, insuficiente a los fines del amparo. De forma que considera que debe desestimarse la pretensión de la parte actora de obtener un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los baremos impugnados al margen y con independencia de la existencia de una lesión concreta del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a la función pública (23.2 CE) dado que dicho pronunciamiento constituiría una declaración abstracta de inconstitucionalidad impropia del recurso de amparo.

Respecto de la vulneración del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, aduce el fiscal, invocando la doctrina establecida, entre otras, en la STC 31/1984, que, en casos como el que ahora se examina, en los que junto a la vulneración de derechos sustantivos se alega también la vulneración del art. 24.1 CE por haberse inadmitido o desestimado el recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales de la persona, ha de concluirse que pierde sentido la invocación del art. 24.1 CE y se abre camino para considerar la pretensión de fondo. Entiende que, en estos supuestos, aunque se incurriera en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que se denuncia, la cuestión debe reconducirse a atribuir a las resoluciones judiciales el carácter de agotamiento de la vía judicial, siendo innecesario un pronunciamiento sobre la hipotética lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

Alega, además, que esta queja carece de especial trascendencia constitucional y que, por este motivo, de acuerdo con lo establecido en el art. 50.1 b) LOTC resulta inadmisibile.

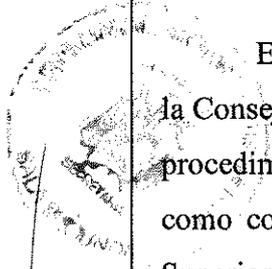
Por todo ello, concluye el Ministerio Fiscal su escrito de alegaciones interesando de la Sala la desestimación del recurso de amparo.

7. La letrada de la Junta de Andalucía no presentó alegaciones en el trámite conferido al amparo del art. 52 LOTC. Tampoco evacuó este trámite la parte recurrente.

8. Por providencia de ocho de septiembre de 2022, se fijó para deliberación y votación de la presente sentencia el día 12 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

### 1. Objeto del recurso de amparo y alegaciones de las partes



El presente recurso de amparo se dirige tanto contra la Orden de 16 de marzo de 2017, de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, por la que se efectúa la convocatoria de un procedimiento selectivo para el acceso al cuerpo de catedráticos de Música y Artes Escénicas, como contra los autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 24 de julio de 2017 y 6 de septiembre de 2017, por los que, respectivamente, se inadmitió el recurso contencioso-administrativo para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona interpuesto por la asociación recurrente contra la referida orden y se desestimó el recurso reposición interpuesto contra aquel.

La asociación recurrente considera que la Orden de 16 de marzo de 2017 vulnera el art. 23.2 CE por dos motivos: (i) por no haber incluido como mérito la evaluación positiva de la actividad docente, tal y como establece la disposición adicional duodécima de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y el art. 39 como en el RD 276/2007, de 23 de febrero y (ii) por exigir unos requisitos de titulación para acreditar la formación y la capacidad de tutela en las investigaciones propias de las enseñanzas artísticas que no establece la normativa que regula estos procedimientos selectivos ( LO 2/2006, de 3 de mayo y el Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero) y que, además, consideran discriminatorios. A los autos de 24 de julio de 2017 y de 6 de septiembre de 2017 les imputa la vulneración del art. 24.1 CE. Entiende la asociación demandante

de amparo, invocando la STC 31/1984, de 7 de marzo, que la Sala de lo Contencioso-administrativo debió haber dado curso al proceso especial, pues la pretensión ejercitada versaba sobre un derecho fundamental.

El Ministerio Fiscal ciñe sus alegaciones al examen de la vulneración del art. 23.2 CE. Considera que una vez agotada la vía judicial con la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, la eventual existencia de la lesión del artículo 24 CE solo tendría un efecto retardatario de la efectiva tutela del derecho a la igualdad. A su juicio, la orden impugnada podría no ser conforme al art. 23 CE tanto por restringir los méritos evaluables para la valoración de la actividad docente, como por no contemplar en el baremo la valoración de “otros cursos de perfeccionamiento superados que versen sobre actualización científica y didáctica” a los que alude el Anexo II del Real Decreto 276/2007. No obstante, concluye que a pesar de ello no cabría estimar la pretensión de la asociación recurrente y declarar la nulidad del baremo establecido por la orden impugnada porque lo que la parte actora pretende obtener es un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los baremos impugnados al margen y con independencia de la existencia de una lesión concreta del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a la función pública (art. 23.2 CE) y dicho pronunciamiento constituiría una declaración abstracta de inconstitucionalidad impropia del recurso de amparo. El fiscal considera que esta conclusión se deriva de la STC 363/1993, de 13 de diciembre.

*2. Cuestión previa: la doctrina establecida en la STC 363/1993 no resulta aplicable en el presente caso*

La doctrina que se recoge en la STC 363/1993, de 13 de diciembre, a la que alude el Ministerio Fiscal, no resulta trasladable al presente recurso de amparo. En dicha sentencia se examinó un recurso de amparo interpuesto por determinados funcionarios contra los baremos de un concurso de traslados. En ese supuesto el Tribunal apreció que no concurría la lesión del art. 23.2 CE alegada porque los recurrentes no habían acreditado la existencia de una modificación real y efectiva de su situación que hubiera podido resultar de esa vulneración y que fuera susceptible de amparo. Por este motivo el Tribunal denegó el amparo solicitado.

En el presente recurso de amparo, a diferencia del resuelto por la STC 363/1993, no interponen el recurso los funcionarios docentes que pretenden tomar parte en el concurso convocado por la orden recurrida, sino la Asociación de Profesores Superiores de Música de

Andalucía, por lo que la exigencia de la acreditación de las circunstancias concretas recogida en la STC 363/1993 -que el acto impugnado ocasionara una lesión real y efectiva en los derechos fundamentales de los recurrente- no puede trasladarse a la asociación que interpone el presente recurso de amparo. En los supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, quien acude en amparo no es el directamente perjudicado, sino una asociación en defensa de los de derechos fundamentales de sus asociados, exigir el referido requisito supondría negar la legitimación activa para recurrir en amparo de las asociaciones o de cualquier otra entidad de carácter representativo. De acuerdo con la doctrina del Tribunal (entre otras muchas, STC 47/1990), en el interés legítimo del art. 162.1 b) LOTC hay que entender incluido el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores del que puede ser titular no sólo cada uno de ellos, individualmente considerado, sino también cualquier asociación o entidad que haya asumido estatutariamente esos mismos fines. En el presente caso, la asociación demandante tiene como fines defender los derechos de los profesores superiores de Música de Andalucía (art. 3 de sus estatutos). Por ello, puede recurrir en amparo en defensa de los derechos fundamentales de estos profesores, con independencia de que se hayan presentado o no al proceso selectivo que la orden recurrida convoca.

### *3. Doctrina constitucional sobre el derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas que garantiza el art. 23.2 CE*

Antes de entrar en analizar la cuestión de fondo suscitada en este recurso es preciso recordar que, de acuerdo con reiterada doctrina constitucional, el art. 23.2 CE garantiza entre otros derechos el de la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas. Esta predeterminación normativa de las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad tiene transcendencia desde la perspectiva estricta del principio de igualdad que consagra el art. 23.2 CE. El Tribunal ha establecido que la igualdad que este derecho fundamental garantiza resulta vulnerada cuando por vía reglamentaria o a través de actos de aplicación de la Ley o de las normas reguladoras de los procedimientos de acceso se introducen nuevos requisitos o condiciones que limiten el acceso a la función pública a determinados ciudadanos o grupos sin contar para ello con la necesaria habilitación legislativa, excluyendo del goce de un derecho a aquellos a los que la ley no excluyó. Por esta razón resulta totalmente proscrita la posibilidad de que por vía reglamentaria o mediante actos de aplicación de la ley o de las normas reguladoras de acceso a un determinado puesto de la función pública se incorporen o añadan nuevos requisitos carentes

de toda cobertura legal. Tal forma de proceder conlleva establecer criterios innovativos de diferenciación donde el legislador no ha diferenciado, desconociendo de esta forma el criterio igualatorio sancionado por este (SSTC 47/1990, de 20 de marzo, FJ 7; 185/1994, de 20 de junio, FJ 5; STC 138/2000, 29 mayo, FJ 6 y 131/2017, de 13 noviembre, FJ 5).

En otras palabras, “la configuración legal a que se refiere el precepto no sólo vincula el contenido del derecho al cumplimiento de los requisitos contemplados *ex lege*, sino que también opera como garantía de que al margen de las previsiones legales no es dable imponer limitaciones, tanto en relación con el acceso inicial a la función pública como en el curso de la carrera profesional. Así pues, en relación con el artículo 23.2 CE la ley tiene la función de delimitar el contenido y alcance de ese derecho fundamental, esencialmente vinculado a los principios de igualdad, mérito y capacidad, pero también opera como un valladar frente a cualquier imposición de requisitos, condicionantes o incompatibilidades no previstas en ella” (STC 131/2017, 13 de noviembre, FJ 5).

Esta misma conclusión cabría apreciarla no solo en el supuesto en el que se denuncie la exigencia de nuevos requisitos o condiciones que limitan el acceso a un cargo de determinados ciudadanos sin contar para ello con la necesaria habilitación legislativa (STC 47/1990, FJ 7), sino también en el supuesto en el que una convocatoria concreta omita el cumplimiento de un requisito cuya valoración venga imperativamente impuesta por las normas reguladoras del proceso selectivo. En ambos casos se estarían introduciendo diferencias respecto del criterio establecido con carácter general en la ley, lo que conllevaría una vulneración del principio de igualdad y, por tanto, del derecho fundamental que garantiza el art. 23.2 CE.

#### *4. Examen de las vulneraciones del art. 23.2 CE que se imputan a la orden recurrida*

Para analizar si la orden impugnada incurre en las vulneraciones del art. 23.2 CE que aducen los recurrentes ha de examinarse, en primer lugar, la regulación contenida en la LO 2/2006, de Educación y en el RD 276/2007, de 23 de febrero en la redacción vigente en el momento en que se publicó la orden impugnada, que en ambos casos, en lo que ahora interesa, era la originaria.

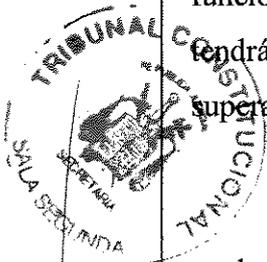
La LO 2/2006 contiene una disposición adicional décima en donde se recogen los requisitos para el acceso a los cuerpos de catedrático e inspectores. En concreto, en el apartado



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

cuarto, en su redacción originaria, se determina que “[s]in perjuicio de la posibilidad de ingreso regulado en la disposición adicional novena, apartado 4 [que prevé que el ‘Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, establecerá las condiciones para permitir el ingreso en el cuerpo de catedráticos de música y artes escénicas, mediante concurso de méritos, a personalidades de reconocido prestigio en sus respectivos campos profesionales’] para acceder al cuerpo de catedráticos de música y artes escénicas, será necesario pertenecer al cuerpo de profesores de música y artes escénicas y estar en posesión del título de Doctor, Licenciado, Arquitecto, Ingeniero o Grado correspondiente o titulación equivalente, a efectos de docencia, así como superar el correspondiente proceso selectivo”.

Adicionalmente la disposición adicional duodécima, en su apartado segundo, establece que los funcionarios docentes de los cuerpos de profesores de Música y Artes Escénicas que quieran acceder a los cuerpos de catedráticos de Música y Artes Escénicas “deberán contar con una antigüedad mínima de ocho años en el correspondiente cuerpo como funcionarios de carrera” y en su párrafo tercero dispone que “[e]n las convocatorias correspondientes para estos funcionarios se valorarán preferentemente los méritos de los concursantes, entre los que se tendrán en cuenta el trabajo desarrollado y los cursos de formación y perfeccionamiento superados, así como los méritos académicos, y la evaluación positiva de la actividad docente.”



Por Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero, se aprobó el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y se regula el régimen transitorio de ingreso a que se refiere la disposición transitoria decimoséptima de la citada ley. La Exposición de Motivos explica que es necesario regular, de forma transitoria, un sistema de ingreso a los cuerpos de funcionarios docentes en el que se valore de forma preferente la experiencia docente previa en los centros públicos de la misma etapa educativa con total respeto a lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia. El Real Decreto recoge en el título IV, capítulo II, el procedimiento de acceso a los cuerpos de catedráticos de Música y Artes Escénicas y en su anexo II dispone las especificaciones a las que deben ajustarse los baremos de méritos para los sistemas de accesos entre los cuerpos de funcionarios docentes.

5. La Orden de 16 de marzo de 2017 efectúa la convocatoria de procedimiento selectivo para el acceso al cuerpo de catedráticos de Música y Artes Escénicas explicando en su preámbulo que procede la aplicación de lo dispuesto en el capítulo II del título IV del citado Real Decreto

276/2007. Estamos, por tanto, ante un procedimiento selectivo para el acceso al cuerpo de catedráticos de Música y Artes Escénicas al que se aplica lo dispuesto en las Disposiciones Adicionales décima y duodécima de la LO 2/2006, así como el capítulo II, del título IV, del citado RD 276/2007, tal y como establece el art. 37 de esta norma. En relación con el sistema selectivo, el art. 39.1 de este reglamento establece que el sistema de acceso consistirá en un concurso en el que "se valorarán los méritos relacionados con... la evaluación positiva de la actividad docente...". En el apartado dos se especifica que la valoración de estos méritos se realizará de acuerdo con el baremo que para cada convocatoria establezca la Administración educativa y que "en todo caso deberá respetar las especificaciones básicas que se recogen en el anexo II a este Reglamento, debiendo tener en cuenta que la evaluación de la actividad docente se realizará en las condiciones que establezcan las Administraciones educativas convocantes". El anexo II, apartado 1.2, dispone que las convocatorias establecerán una puntuación máxima de 2,5 puntos para el "[d]esempeño de funciones específicas, evaluación voluntaria y, en su caso, la evaluación positiva de la actividad docente, realizada por la inspección educativa."

De cuanto antecede puede concluirse que tanto la LO 2/2006 (Disposición adicional duodécima, apartado segundo) como el RD 276/2007 que la desarrolla (art. 39 y anexo II) determinan que se valore como mérito la evaluación positiva de la actividad docente. La Orden de 16 de marzo de 2017, sin embargo, no recoge como mérito la evaluación positiva de la actividad docente ni tampoco aparece consignado este mérito en ningún apartado del baremo para la valoración de méritos incluido en su anexo II. Esta omisión vulnera el principio de predeterminación normativa. Este principio conlleva, como ha sostenido la STC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6 a), que "con carácter general la Constitución reserva a la Ley y, en todo caso, al principio de legalidad, entendido como existencia de norma jurídica previa, la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que sólo pueden preservarse y, aun antes, establecerse mediante la intervención positiva del legislador". Por ello, la resolución impugnada, al introducir diferencias no previstas en la ley -no se valora un mérito que según establece la ley ha de valorarse- quiebra el criterio igualatorio previsto por el legislador, lo que conlleva una vulneración del principio de igualdad, que es, en definitiva, lo que principio de predeterminación normativa de los requisitos de acceso a la función pública garantiza. Resulta, por tanto, que la orden impugnada, al no prever entre los méritos que han de valorarse la evaluación positiva de la de la actividad docente, como establecen

la LO 2/2006 y el RD 276/2007, lesiona el referido principio y por este motivo vulnera el derecho fundamental proclamado en el art. 23.2 CE.

6. Como se ha indicado, la asociación recurrente denuncia también que la Orden de 16 de marzo de 2017 vulnera el art. 23.2 CE por exigir unos requisitos de titulación para acreditar la formación y capacidad de tutela no requeridos ni por la ley ni por el decreto que la desarrolla.

El apartado 2.2.1 de la base segunda del concurso (“requisitos que ha de reunir el personal aspirante”) recoge como requisitos específicos para poder participar en el proceso selectivo que convoca:

*“Acreditar la formación y capacidad de tutela en las investigaciones propias de las enseñanzas artísticas”. Según dispone esta base “[e]l personal aspirante tendrá acreditada esta formación y capacidad si cumple alguna de las siguientes condiciones:*

- *Estar en posesión del Título de Doctor.*
- *Estar en posesión del reconocimiento de suficiencia investigadora o el certificado-diploma acreditativo de estudios avanzados (DEA).*
- *Estar en posesión de un título universitario oficial de Máster distinto del requerido para el ingreso a la función pública docente, para cuya obtención se hayan exigido, al menos, 60 créditos, que capacite para la práctica de la investigación educativa o de la investigación propia de las enseñanzas artísticas”.*

A juicio de la entidad recurrente, no está justificado que solo se pueda acreditar la formación y capacidad de tutela en las investigaciones propias de las enseñanzas artísticas del modo indicado en la referida base, pues impide que pueda acreditarse la aptitud o capacidad de tutela mediante la experiencia profesional prolongada. Según expone la asociación demandante, la orden impugnada, al acotar los medios por los que se puede acreditar la formación y capacidad de tutela y exigir *ex novo* requisitos específicos para acreditar dicha capacidad no solo vulnera el principio de legalidad, al establecer unos requisitos no previstos por la ley ni por el decreto que la desarrolla, sino que, además, discrimina a quienes llevan lustros ejerciendo las funciones de catedrático en comisión de servicios (según afirma, no se convocan oposiciones a catedráticos de música desde 1990) y no reúnen los requisitos establecidos en la base 2.2.1, ya que les impide presentarse al proceso selectivo para acceder a ese cuerpo funcional. Sostiene la entidad recurrente que los requisitos que exige la referida base podrían valorarse como mérito, pero no

puede impedir que quien no los tenga pueda acreditar la formación y capacidad de tutela en las investigaciones propias de las Enseñanzas artísticas por otros medios. Considera, además, que en el caso de los catedráticos en comisión de servicio deberían poder acreditar el cumplimiento de tales requisitos a través de la experiencia adquirida durante el tiempo en que han ejercido estas funciones. Otra conclusión, según alega la asociación recurrente, no estaría justificada, pues supone entender que quienes se consideran aptos para ejercer las funciones de catedrático en comisión de servicios no lo son para ingresar en este cuerpo funcional, cuando las funciones que desempeñan son las mismas en ambos casos. Por todo ello sostiene que esta base es contraria a los arts. 23.2 CE y 103.3 CE.

También aduce que como los requisitos establecidos en la base 2.2.1 de la orden recurrida no los establecen las ordenes que convocan estos procesos selectivos en otras comunidades autónomas, su exigencia vulnera la igualdad al quebrar la necesaria homogeneidad que debe presidir estos procesos selectivos en todo el territorio nacional.

El art. 58.6 de la LO 2/2006, dispone que “[l]os centros superiores de enseñanzas artísticas fomentarán programas de investigación en el ámbito de las disciplinas que les sean propias”. El reglamento que desarrolla esta norma, en concordancia con lo establecido en el citado precepto legal, exige, en general, para ingresar en los cuerpos y especialidades que atienden a las enseñanzas artísticas, y, en particular, a quienes pretendan acceder al cuerpo de catedráticos de Música y Artes Escénicas que acrediten su formación y su capacidad para tutelar las investigaciones en este ámbito (arts. 17.1, párrafo segundo, y 39 RD 276/2007).

Resulta, por tanto, que, de acuerdo con la normativa que regula el procedimiento selectivo para acceder al cuerpo de catedráticos de Música y Artes Escénicas, para poder ingresar en este cuerpo es preciso acreditar la formación y capacidad de tutela en las investigaciones artísticas. Esta normativa, sin embargo, no precisa cómo acreditar que se cumple este requisito. El apartado 2.2.1 de la base segunda de la orden impugnada, al establecer que para poder acreditar esta formación y capacidad de tutela es preciso estar que esta base menciona, desarrolla en este punto lo dispuesto en el art. 39 RD 276/2007. De este modo, este apartado no está estableciendo requisitos nuevos, sino que está precisando cómo cumplir una exigencia que establece la normativa que regula el proceso selectivo para acceder al referido cuerpo funcional. Por ello, no puede apreciarse que por concretar el modo en que ha de acreditarse la formación y capacidad de tutela en las investigaciones artísticas se quiebre el principio de predeterminación normativa



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

ni, en definitiva, el principio de igualdad, aunque para entender cumplido este requisito de acceso se exija estar en posesión de una titulación específica. La concreción de esta exigencia entra dentro del margen de desarrollo que, en aplicación de lo establecido en la normativa que regula el concurso convocado por la orden impugnada, corresponde a la Administración convocante del concurso.

Cuestión distinta es que la orden impugnada, al no prever que esta formación y capacidad de tutela se considere también acreditada cuando los aspirantes hayan ejercido temporalmente las funciones de catedrático de Música y Artes Escénicas, infrinja, por este motivo, el derecho que consagra el art. 23.2 CE. Esta omisión está impidiendo el acceso a este cuerpo funcional a quienes la propia Administración les ha reconocido que cumplen los requisitos que exige el desempeño de este puesto trabajo - si no hubieran tenido esta formación y capacidad de tutela no hubieran podido ser nombrados para ejercer estas funciones- y está estableciendo una diferencia de trato entre los aspirantes (entre los que tienen la titulación que exige la base 2.2.1 de la orden impugnada para acreditar el cumplimiento de este requisito y aquellos que, sin tenerla, la Administración les reconoció que lo cumplían cuando los nombró para ejercer temporalmente las funciones de catedrático en estas disciplinas) que carece de justificación. En consecuencia, esta omisión es lesiva del principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas que consagra el art. 23.2 CE.

Debe descartarse, asimismo, que la orden impugnada, al establecer el modo en que ha de acreditarse la formación y la capacidad de tutela de las investigaciones artísticas, vulnere el principio de igualdad por introducir diferencias entre los distintos procesos selectivos que se convoquen en el territorio nacional. La legislación estatal, al no concretar el modo en que ha de entenderse acreditada esta exigencia, deja esta determinación a la Administración convocante del concurso, tal y como, *mutatis mutandis*, establece el art. 39 del RD 276/2007. Son, por tanto, las comunidades autónomas las que, en ejercicio de sus competencias de desarrollo de la legislación básica estatal, podrán precisar cómo ha de cumplirse este requisito. Como ha sostenido reiteradamente el Tribunal, el ejercicio por las comunidades autónomas de sus competencias puede ocasionar que la posición jurídica de los ciudadanos sea diferente en las distintas partes del territorio nacional sin que esta diversidad de regímenes jurídicos sea contraria al principio de igualdad (en este sentido, entre otras muchas, SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2; 46/1991, de 28 de febrero, FJ 2; 96/2002, de 25 de abril, FJ 11; 247/2007t, de 12 de diciembre, FJ 13; 132/2019, de 13 de noviembre, FJ 6 y 125/2021, de 3 de junio, FJ 5)

### *7. No procede examinar la queja por la que se aduce la vulneración del art. 24.1 CE*

Como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, en casos como el presente, en el que se ha intentado la protección del derecho fundamental que se estima vulnerado en la vía judicial a través del procedimiento especial de tutela de este tipo de derechos y no se ha conseguido, el Tribunal ha entendido que pierde sentido la invocación del art. 24.1 CE y se abre el camino para considerar la pretensión de fondo (SSTC 363/1993, de 13 de diciembre FJ 2 y 143/2003, de 14 de julio, FJ 2), pues en estos supuestos la estimación de este motivo del recurso conllevaría devolver las actuaciones al órgano judicial para que examinara las vulneraciones de derechos fundamentales sustantivas y sobre estas vulneraciones ya se ha pronunciado el órgano judicial ordinario. Como afirmó, entre otras, la STC 31/1984, de 7 de marzo, FJ 7, “[c]on ser cierto que el quebrantamiento de las garantías procesales podrá llevar en sí una violación del derecho que constitucionaliza el art. 24.1 y esto es así cuando no se respeta el contenido de este derecho, la cuestión aquí debe reconducirse a atribuir a las resoluciones judiciales el carácter de agotamiento de la vía judicial procedente, en los términos del art. 43.1 de la LOTC”. Por esta razón el Tribunal ha sostenido que lo procedente en estos supuestos es que el Tribunal entre a examinar sin más dilación si tales vulneraciones se han producido o no, entendiendo que la vía judicial ya ha cumplido su finalidad. En consecuencia, es innecesario un pronunciamiento sobre la hipotética lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 31/1984, de 7 de marzo, FJ 7; STC 363/1993, de 13 de diciembre FJ 2; 143/2003, de 14 de julio, FJ 2).

### *8. Alcance del fallo*

El Tribunal considera que la orden impugnada infringe el art. 23.2 CE (i) por no establecer como mérito la evaluación positiva de la actividad docente, como establecen las normas que regulan el proceso selectivo que esta orden convoca, y (ii) por no considerar acreditada la formación y capacidad de tutela en las investigaciones artísticas de aquellos aspirantes que hayan desempeñado temporalmente las funciones de catedrático de Música y Artes Escénicas, pues al no reconocerles esta formación y capacidad está efectuando una diferencia de trato entre los aspirantes que carece de justificación. Por estos motivos es inconstitucional y nula

La inconstitucionalidad y nulidad de la orden recurrida conlleva la nulidad de los autos de la Sala de lo Contencioso-administrativo en Sevilla, de 24 de julio de 2017, por el que se inadmite el recurso contencioso-administrativo para la protección jurisdiccional de los derechos

fundamentales de la persona interpuesto contra la referida orden, y el de 6 de septiembre de 2017, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra aquel; así como la de la providencia de 31 de mayo de 2018 de la Sección de admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo por la que se acordó la inadmisión a trámite del recurso de casación preparado contra las referidas resoluciones judiciales.

Como declaró la STC 111/2003, de 16 de junio, FJ 8, que cita, a su vez, la STC 136/1989, de 19 de julio, FJ 4, el art. 55.1 LOTC, relativo a los pronunciamientos de los fallos estimatorios del amparo constitucional, posibilita una cierta flexibilidad en su aplicación, mediante la incorporación de modulaciones al alcance de tales pronunciamientos en función de las circunstancias presentes en cada caso, pues este precepto "permite graduar la respuesta constitucional a la vulneración de los derechos fundamentales en función no sólo de las propias exigencias del derecho afectado, sino también de la necesaria preservación de otros derechos o valores merecedores de protección".

Al haber transcurrido más de cinco años desde que se resolvió el proceso selectivo convocado por la orden recurrida en este proceso constitucional (la Orden de 19 de julio de 2017 publicó el listado del personal seleccionado en el procedimiento selectivo de acceso al cuerpo de catedráticos de Música y Artes Escénicas, convocado por la Orden de 16 de marzo de 2017 impugnada en este recurso de amparo) el principio de seguridad jurídica impide que con fundamento en la presente sentencia puedan ser revisados los actos declarativos de derechos que se hayan dictado en el proceso selectivo que la orden recurrida convoca.

## F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar parcialmente el recurso de amparo interpuesto por la Asociación de Profesores Superiores de Música de Andalucía y, en consecuencia:

1º Declarar que la Orden 16 de marzo de 2017, de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, por la que se convoca un procedimiento selectivo para el acceso al cuerpo de catedráticos de Música y Artes Escénicas infringe el derecho que consagra el art. 23.2 CE por no prever como merito la evaluación positiva de la actividad docente y por no considerar acreditada

la formación y capacidad de tutela en las investigaciones artísticas de aquellos aspirantes que hayan desempeñado temporalmente las funciones de catedrático de Música y Artes Escénicas. En consecuencia, es inconstitucional y nula. Por las razones que se exponen en el fundamento jurídico octavo, la inconstitucionalidad de esta orden no permitirá revisar los actos declarativos de derechos que se hayan dictado en el proceso selectivo que la orden recurrida convoca.

2º. Declarar la nulidad del Auto de 24 de julio de 2017, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo en Sevilla, por el que se acordó la inadmisión del recurso contencioso-administrativo para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona interpuesto contra la referida orden, y el de 6 de septiembre de 2017, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra aquel, así como la de la providencia de 31 de mayo de 2018 de la Sección de admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por la que se acordó la inadmisión a trámite del recurso de casación preparado contra las referidas resoluciones judiciales.

3º. Desestimar el recurso de amparo en todo lo demás

Publíquese esta sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a doce de septiembre de dos mil veintidós.

