

ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DIFICULTADES DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO PARA ACREDITAR SUS MÉRITOS PROFESIONALES

Juan José Lladó Colom
Abogado- Doctorando en Derecho por la UIB
Número ORCID 0000-0002-9886-7993

RESUMEN:

El acceso a la función pública puede resultar un proceso controvertido en no pocas ocasiones. Los principios que lo regulan gozan de amparo constitucional y han sido desarrollados normativamente. Entre ellos, el principio de discrecionalidad técnica otorga protección legal a las decisiones de los tribunales calificadoros ya que la supervisión de los órganos judiciales es realmente bastante limitada. Con motivo de esas decisiones y la escasa prosperabilidad de las acciones judiciales de los aspirantes se genera una impotencia que se ve incrementada en el caso de los trabajadores autónomos, los cuales tienen una dificultad mayor a la hora de demostrar los méritos derivados de su actividad profesional dada su condición.

Palabras clave: acceso a la función pública, discrecionalidad técnica, méritos, autónomos, control judicial.

ABSTRACT:

Access to public service can be a controversial process on many occasions. The principles that regulate it enjoy constitutional protection and have been developed by law. Among them, the principle of technical discretion grants legal protection to decisions of the qualifying courts since the supervision of the judges is quite limited. As a result of these decisions and the limited success of the applicants' legal actions, an impotence is generated and that is increased in the case of self-employed workers, who have a greater difficulty in proving the merits derived from their professional activity given their condition.

Keywords: access to the public function, technical discretion, merits, self-employed, judicial control.

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.

II.- PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE LAS CONDICIONES DEL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA.

III.- LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS MIEMBROS DE LOS TRIBUNALES CALIFICADORES.

IV.- INCREMENTO DE LA DIFICULTAD PARA ACREDITAR LOS MÉRITOS EN UN CONCURSO O CONCURSO - OPOSICIÓN CUANDO ES UN AUTÓNOMO EL QUE PRETENDA ACCEDER A LA FUNCIÓN PÚBLICA.

V.- CONCLUSIONES.

VI.- BIBLIOGRAFÍA.

I.- INTRODUCCION Y PLANTEAMIENTO:

No son pocas las ocasiones en las que el ciudadano se encuentra en una situación de desventaja frente a la maquinaria de la administración. Por supuesto que la anterior aseveración podrá resultar incómoda, ingrata e incluso ofensiva a todo aquel que por su condición o interés en el cargo que ocupe no le quede otra opción más que desmentirla, puesto que por convicción personal propia dudo que así sea.

Ejemplos se me ocurren unos cuantos. El “solve et repete”¹, los plazos que debe cumplir estrictamente el administrado frente a la cierta permisividad de facto de los de la administración², la posibilidad de ejercer sin reprimenda alguna (más bien al contrario) el derecho a voto en ciertas elecciones³ para acudir al centro electoral, aunque se esté en cuarentena o que la prueba del covid (crucemos los dedos para que no sea esa nueva que dicen que proviene de China⁴) haya dado positiva. Ahora bien, mantener abierto un negocio por necesidad unos minutos más allá del horario establecido puede conducir a una irremediable sanción.

Evidentemente no puedo compartir ni justificar incumplimiento alguno, sea quien sea el que lo cometa. Ahora bien, lo que sí quiero dejar reflejado es que las consecuencias no

¹ Según el Diccionario panhispánico del español jurídico se define este principio como la obligación de abonar las cantidades que exige la administración mediante actos administrativos firmes como requisito para poder recurrirlos.

² A título ejemplificativo, el artículo 434 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que la sentencia se dictará dentro de los veinte días siguientes a la terminación del juicio. La realidad es que los plazos medios para el dictado de la resolución son sustancialmente superiores sin que ello acarree en la mayoría de los casos ningún tipo de consecuencia negativa al Juzgador que no cumpla.

Por el contrario, siguiendo el mismo ejemplo, la presentación de una contestación a una demanda fuera de plazo será causa de inadmisión por extemporaneidad.

³ Va referido a las elecciones catalanas de día 14 de febrero de 2021.

⁴ <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20210201/coronavirus-test-ano-espana-11490111>.

serán las mismas, si el acto o la omisión viene causado por la administración o quien lo causa es el ciudadano. Al menos, a corto plazo, ya que, si el presunto perjudicado es el administrado, se verá muy posible e irremediamente inmerso en un procedimiento judicial eterno cuando pretenda hacer valer sus derechos, lo que en no pocas ocasiones va a provocar que ya de antemano desista en el intento.

Lo indicado en los párrafos anteriores no guarda ningún tipo de relación directa con el supuesto que intentaremos analizar por medio del presente estudio. Simplemente son ejemplos más de esa impotencia que se sufre al obrar en desventaja⁵, al igual que la que posiblemente imbuirá al trabajador autónomo cuando quiera defender sus méritos en el marco de un concurso para el acceso a la función pública, con independencia de su régimen (temporal, interino o indefinido) y la administración pública no considere suficientemente acreditado el mérito (en algunos casos incluso por imposibilidad dada su situación) no teniendo además en cuenta las consecuencias de dicha obcecación, en ocasiones injustificada y tomada más bien al albur de otro tipo de variables.

Por medio del presente artículo, se van a intentar establecer unas pautas al respecto de las posibilidades de las que dispone el trabajador autónomo para poder acreditar sus méritos profesionales con la mayor objetividad posible en los concursos de acceso a la función pública.

II.- PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE LAS CONDICIONES DEL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA.

Los principios concretos básicos de acceso a la función pública vienen regulados en los artículos que se señalan a continuación⁶:

Por una parte, el artículo 23.2 de la Constitución Española, en sede de los derechos fundamentales⁷ y libertades públicas, establece el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes.

Por otra, en el artículo 103.3 de nuestra Carta Magna, en el marco del Título IV referido al gobierno y a la administración, manifiesta que la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema

⁵ Es indiscutible que no existe igualdad de condiciones entre la administración y el administrado. Para empezar, ni las infraestructuras ni los medios económicos obviamente son los mismos.

Por otra parte, el retraso judicial normalmente afecta de forma más negativa al ciudadano que a la administración, que goza de procedimientos a su favor. No olvidemos que una justicia lenta y farragosa no puede ser catalogada como tal.

⁶ No entraremos a analizar otro tipo de herramientas legales que permiten el acceso a la función pública por medio de ciertos mecanismos, como puedan ser la creación de empresas públicas que permitan saltarse ciertos controles.

⁷ Los derechos fundamentales son definidos como aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, generalmente en la propia Constitución, y protegidos con una tutela reforzada, y que según el artículo 10.1 de la CE son el fundamento del orden político y de la paz social.

de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Ambos artículos son desarrollados, entre otros textos legales, por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, mereciendo especial mención su artículo 55, que es del siguiente tenor literal:

“1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.

2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación:

a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.

b) Transparencia.

c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.

d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.

e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.

f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.”

En consecuencia, podríamos decir que los principios básicos que rigen cualquier procedimiento de acceso a la función pública por parte de los ciudadanos son los de igualdad, mérito, capacidad, publicidad, transparencia, imparcialidad y profesionalidad, así como independencia y discrecionalidad técnica del Tribunal Calificador, adecuación, agilidad y objetividad.

De entre los principios mencionados, haría una doble distinción, aunque bien es cierto que podría ser objeto de matiz e incluso me podría acabar llevando a alguna clasificación distinta. No obstante, y con el fin de simplificar y para que me sirva de cauce a las conclusiones finales del presente artículo, dividiría esos principios según el siguiente desglose:

I) Aquellos que considero que son relativamente sencillos de ser respetados por parte de los miembros de las mesas, por obedecer más bien a razones objetivas. Englobaría en este apartado y describiría de forma sucinta los siguientes:

a) Principio de igualdad ante la ley. Me remito en esta línea, al artículo 14 de la Constitución Española, que dice que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En virtud de este principio las personas no pueden ser tratadas de manera diferente por las leyes si no existe una justificación fundada y razonada, de tal forma que a supuestos de hecho iguales se les deben aplicar unas consecuencias iguales.

- b) Principio de publicidad, referido en el sentido de que las Bases y las Convocatorias (que son la ley del procedimiento) estén debidamente publicadas en los Boletines Oficiales correspondientes o a través de los cauces oportunos como por ejemplo en los diarios de la provincia de mayor difusión, con la finalidad de que los ciudadanos conozcan aquellas disposiciones o reglas que deban cumplir o a las que se deban someter.
- c) Principio de transparencia, que vendría ser una consecuencia del principio anterior, y que podría ser definido como aquel derecho de acceso a la información al que tienen los ciudadanos, así como aquello que puedan hacer en caso de que no se les brinde el acceso por parte de los que están en los órganos de poder⁸.
- d) Principio de agilidad, con relación a que los procedimientos de selección se ajusten a los plazos estrictamente necesarios debiéndose adoptar por parte del organismo de contratación todas aquellas medidas que eviten la anormalidad o el retraso.

Los anteriores principios son más difícilmente discutibles y a la vez de más fácil demostración en el momento en que pretenda acreditarse si han sido objeto de cumplimiento en los procesos de selección o no. La discriminación por razón de sexo, raza o religión es objetivamente demostrable, al menos en cuanto a su constancia escrita en las bases. Aspecto distinto es que como consecuencia de una falta de imparcialidad del Tribunal se discriminara a algún candidato por alguna de esas razones. Pero en las bases y/o en la convocatoria, la existencia de esa discriminación sería fácilmente constatable. La debida publicación en plazo y forma con la suficiente transparencia o el cumplimiento de unos plazos establecidos, considero que también son de fácil comprobación.

II) Aquellos principios que son más susceptibles de amplia interpretación por parte de los miembros de cualquier tribunal calificador, y que son los que indiscutiblemente han dado origen a una mayor casuística y a una más que considerable controversia. No hay nada más peligroso en el derecho que los conceptos indeterminados. Y si esos conceptos gozan del amparo normativo como es el caso, peor si cabe, puesto que permiten justificar los intereses particulares por encima de los generales, lo cual es una auténtica afrenta al Estado de Derecho⁹. En mi opinión, formarían parte de este apartado los siguientes:

⁸ Como indica el Tribunal Constitucional acerca del principio de transparencia, la Ley se aplica a todas las Administraciones públicas y a todo el sector público estatal, así como a otras instituciones, como son la Casa de Su Majestad el Rey, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Banco de España, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con las actividades sujetas a Derecho Administrativo. La Ley establece las obligaciones de publicación que afectan a las entidades públicas para garantizar la transparencia en su actividad y regula el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública.

⁹ Como indica Nieto, «los partidos políticos no están dispuestos a aceptar esa relativa independencia de los servidores públicos, antes, al contrario, exigen su sumisión más completa y su conversión en un botín patrimonializable a disposición de sus amigos de confianza política», de manera que en la práctica se han inventado mil modos de falsear el sistema de igualdad, mérito y capacidad constitucional, que incluso luego la legislación va convalidando. FERNÁNDEZ DELPUECH, LUCÍA. “Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público” Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid 2015.

- a) Principio de mérito.
- b) Principio de capacidad.
- c) Principio de imparcialidad.
- d) Principio de profesionalidad.
- e) Principio de independencia.
- f) Principio de discrecionalidad técnica¹⁰.
- g) Principio de adecuación.
- h) Principio de objetividad.

No entraremos a definir de forma simple y sucinta tales conceptos, como sí se ha hecho en los principios considerados como más objetivos relacionados anteriormente, precisamente por cuanto al permitir una mayor subjetividad interpretativa, nos obligaría a ahondar con más profundidad, lo cual posiblemente nos diera más para una tesis doctoral que para un artículo jurídico de extensión determinada como el presente.

No obstante, tal y como hemos avanzado, sí que nos detendremos brevemente en el principio de discrecionalidad técnica de los tribunales calificadores, puesto que es el que puede acabar justificando determinadas actuaciones y decisiones de sus miembros, generando la aludida dificultad o impotencia a la que nos hemos referido en la introducción, vulnerándose de esta forma el resto de principios a los que debe estar sujeto cualquier procedimiento de selección de personal para acceder a la función pública.

III.- LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS MIEMBROS DE LOS TRIBUNALES CALIFICADORES.

Según el diccionario panhispánico del español jurídico, se define como discrecionalidad *“aquella potestad atribuida a los órganos administrativos por las leyes sin predeterminar por completo el contenido u orientación que han de tener sus decisiones por lo que el titular de las potestades o competencias queda habilitado para elegir dentro de las diversas opciones decisorias que se le presenten”*.

Es decir, podríamos decir que no es más que dejar al criterio de cada uno la posibilidad de decidir entre las alternativas que se le ofrecen, con las consecuencias a priori, de que aquellos conceptos jurídicos indeterminados¹¹ a los que nos hemos referido

¹⁰ “Entre esos grandes círculos de actuación inmunes a la fiscalización judicial están los actos discrecionales, los cuales suponen una amplia materia exenta al poder fiscalizador de los jueces, donde la administración, por consiguiente, puede obrar a su arbitrio”.

“Se ha dicho del poder discrecional, la frase es del excelente jurista suizo Hans Huber, que es el verdadero caballo de troya en el seno del derecho administrativo de un Estado de Derecho”.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO.: “La Lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (“poderes discrecionales, poderes del gobierno, poderes normativos)”. Madrid 1962.

¹¹ BACIGALUPO, M. “Discrecionalidad, conceptos jurídicos indeterminados y motivación de las decisiones administrativas”. Sevilla, 2003.

anteriormente, y que supuestamente deben ser garantes de cualquier procedimiento de libre concurrencia, es decir el mérito, la imparcialidad, la profesionalidad, la independencia y la adecuación, puedan quedar totalmente distorsionados bajo el amparo del también reconocido principio de la discrecionalidad técnica.

Afortunadamente, la jurisprudencia de las más altas instancias judiciales ha ido contemplando poco a poco la eventual posibilidad de revisión por parte de los Juzgados y Tribunales de las decisiones de los tribunales calificadoros con relación a ciertos conceptos afectos a la discrecionalidad técnica, más allá de lo que era el mero control de la legalidad del procedimiento. A pesar de ello, las reticencias por parte de los jueces y magistrados en el momento de revisar el “juicio técnico” de los tribunales de calificación eran y siguen siendo más que considerables¹².

A continuación, haremos alguna mención a ciertas sentencias reflejo de esa evolución jurisprudencial de forma cronológica:

Merece especial mención, la sentencia del Tribunal Constitucional nº 39/1983, de 16 de mayo en la que se define la discrecionalidad técnica como un espacio de decisión propio y exclusivo de los órganos calificadoros que por su naturaleza escapaba al control jurídico, salvo en lo relativo a la legalidad de las decisiones. En el caso enjuiciado, al no ser denunciado el vicio de legalidad o la desviación de poder, el Tribunal Constitucional sentenció que no podía inmiscuirse en la revisión de las valoraciones técnicas de los miembros del tribunal valorador.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1989, RJ 1989\6848, supuso un primer avance en la posibilidad de entrar a revisar la valoración técnica del tribunal calificador, aunque fuera de forma consecencial, ya que en el caso concreto la comisión de valoración había “*prescindido de las fichas de valoración de actividades formuladas por los superiores y responsables del interesado, ..., en directa vulneración de las bases de la convocatoria*”. Es decir, al revisar el control de la legalidad del procedimiento en cuestión estableció en las bases de la convocatoria, que el órgano jurisdiccional pudo certificar que no se habían tenido en cuenta determinados méritos, lo que implícitamente suponía revisar el juicio técnico del órgano valorador.

En esa línea tímida delimitadora de la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadoros, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1993, dio un paso más al recoger la “*necesidad de que exista una base fáctica que fundamente las valoraciones técnicas de los tribunales calificadoros, atribuyendo la revisión a los tribunales de lo contencioso – administrativo*”. El Tribunal Constitucional manifestó expresamente la posibilidad de supervisar las decisiones de los miembros de un tribunal calificador en lo relativo a su juicio técnico al exigir la existencia de una base cuando éstos emitieran sus valoraciones. Por base fáctica se entendía a los informes que sirvieran de justificación a la decisión; por lo tanto, en realidad esta sentencia planteaba más bien el control de la legalidad sobre el procedimiento que sobre el propio juicio técnico.

¹² CASTILLO BLANCO, F.A. “El control del ejercicio de la discrecionalidad en materia de oposiciones y concursos”. Sevilla, 2003.

En el mismo sentido se pronunció la Sentencia de 19 enero 1998. RJCA 1998\1080 de la Audiencia Nacional, así como la Sentencia del Tribunal Constitucional 86/2004 de 10 de mayo. RTC 2004/86, al dar la razón al recurrente por no haber tenido en cuenta el tribunal calificador la puntuación de unos méritos por contravención de lo establecido en las bases y en la convocatoria del concurso. Realmente, el órgano judicial competente en los supuestos relacionados veló por el control de la legalidad del procedimiento, aunque ello significó transversalmente una supervisión del juicio técnico al considerar el órgano enjuiciador que la valoración habría infringido la ley del concurso por no haber evaluado correctamente los méritos presentados.

Otro paso más ofreció la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 mayo 2006 RJ 2006/3053, donde se rechazó el nombramiento del adjudicatario de una plaza al no haberse motivado lo suficientemente el juicio técnico por parte del tribunal calificador.

Muy importante resulta la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007 RJ 2007/5833, al fundamentar su decisión en la falta de motivación, pero como elemento ajeno a la esencia de la propia discrecionalidad técnica. En ese sentido en su fundamento jurídico cuarto, se especificó que *“una cosa es el núcleo del juicio técnico y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico....., ya que ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate”*. Habría resultado interesante que el propio Tribunal hubiera sentado de una vez por todas las bases de lo que se entendería por una motivación suficientemente garantizada. El no hacerlo, implica nuevamente enfrascarnos en un nuevo atisbo de inseguridad amparado en la propia discrecionalidad del Tribunal calificador, ya que en base a ese pretexto pudiera considerar y justificar lo suficientemente motivada una determinada decisión según su propio criterio discrecional incluso a sabiendas de que no sea así, con pocas posibilidades por parte del aspirante de ver admitidas sus pretensiones revisoras de una determinada actuación.

Interesante también la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2009 RJ2009/3728 al recoger en sus fundamentos la distinción entre el núcleo material de la decisión relativo al estricto juicio técnico por una parte y sus aledaños, por otra, los cuales comprenderían tanto las actividades complementarias para poder hacer posible ese juicio técnico, así como las pautas jurídicas exigibles a las mismas fijando de una forma más concreta los criterios de calificación evitando de ese modo la eventual arbitrariedad.

Importantísima resultó ser la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2014 RJ 2014/4943 al reconocer la posibilidad de control del juicio técnico a los tribunales de lo contencioso – administrativo, al permitir comparar entre dos exámenes sustancialmente idénticos realizados por dos opositores con resultados totalmente opuestos. Esta sentencia por fin permitió analizar el fondo de la discrepancia no limitándose únicamente a evaluar la legalidad del procedimiento o la motivación de la decisión.

Pese a todo lo mencionado, la realidad es que la jurisprudencia dominante sigue siendo reticente a la revisión del juicio técnico de los tribunales calificadores, y prueba de ello, son las sentencias que a continuación mencionamos.

Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Tercera de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 24 de marzo de 2015 REC 1053/2014, en la que se veta por ley la introducción de pretensiones nuevas por parte del recurrente o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 8 de julio de 2019 REC 377/2018 que haciendo alusión a la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantuvo que *“no es función del órgano judicial en vía contencioso administrativa ocupar el lugar del tribunal calificador para valorar los ejercicios de un concurso – oposición”* manifestando expresamente que *“el análisis comparado de un ejercicio con el de los otros dos aspirantes está fuera de lugar en esta sede, ya que no es función del órgano judicial en vía contencioso administrativa ocupar el lugar del tribunal calificador para valorar los ejercicios de un concurso – oposición”*.

Dicho lo anterior, es evidente que en no pocas ocasiones, aquel aspirante que tenga la certeza de que ha sido agraviado comparativamente con otro u otros candidatos lo va a tener muy difícil a la hora de poderlo demostrar ante un órgano judicial, por cuanto éste muy posiblemente no vaya a entrar al fondo del asunto, al presumir que el tribunal calificador ha emitido un juicio técnico con muy pocas posibilidades de ser revisado en aplicación del principio de discrecionalidad técnica, dando cobijo legal a no pocas injusticias y consecuentes impotencias al opositor que después de muchos esfuerzos y largos procedimientos judiciales vea truncadas sus aspiraciones de acceso a la función pública por medio de una sentencia estandarizada que reproduzca la doctrina de la discrecionalidad técnica.

IV.- INCREMENTO DE LA DIFICULTAD PARA ACREDITAR LOS MÉRITOS EN UN CONCURSO O CONCURSO - OPOSICIÓN CUANDO ES UN AUTÓNOMO EL QUE PRETENDA ACCEDER A LA FUNCIÓN PÚBLICA.

La figura del trabajador autónomo viene regulada sustancialmente en la Ley 20/2007, de 11 de julio, que define al autónomo como aquella persona física que realice de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo de o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena¹³.

Como cualquier acto o situación que se produce en la vida, en la condición de autónomo existen aspectos positivos, como puede ser la independencia en la toma de decisiones, la libertad horaria o la ausencia de otra persona con un nivel jerárquico superior a la que ofrecer permanentes explicaciones.

Ahora bien, también aparecen otras circunstancias no tan idílicas que obliguen a una meditación profunda a la hora de sopesar si merece la pena o no el convertirse en autónomo. De forma inicial, muy posiblemente se tomen en cuenta aspectos de índole económico, como pueda ser la incertidumbre de no disponer de un salario fijo o la eventual inversión que habrá que costear para desempeñar la actividad elegida. No

¹³ No entraremos a analizar en este artículo la figura del autónomo ni la del autónomo dependiente, que es básicamente aquella persona física que trabaja sustancialmente para un único cliente, en profundidad. Se trata únicamente de establecer las líneas generales del concepto.

obstante, con el paso del tiempo pueden haber surgido nuevas inquietudes, como la posibilidad de acceder a la función pública, sin caer en la cuenta de que se podrán tener serias dificultades de acreditación de los méritos por experiencia profesional si el procedimiento elegido es el concurso o el concurso oposición.

Pese a que en ocasiones la jurisprudencia se ha posicionado a favor del aspirante que ha desarrollado su actividad profesional como autónomo, lo cierto es que son ingentes las dificultades que tiene un autónomo que pretenda demostrar sus méritos profesionales. El hecho de no haber dependido de un superior a nivel profesional implica que nadie más que él mismo pueda certificar su propia experiencia profesional.

Entre los elementos con los que cuenta el autónomo para poder demostrar el ejercicio de su actividad, se encuentran en opinión de quien suscribe los siguientes:

- a) El informe de vida laboral emitido por la Seguridad Social, o en su caso el certificado de la mutua en la que cotice el autónomo, como régimen alternativo del primero.
- b) Los justificantes de pago de las cuotas a la Seguridad Social o de la Mutualidad¹⁴ en la que cotice el autónomo.
- c) En caso de que el autónomo esté de alta en algún colegio profesional, un certificado emitido por el colegio correspondiente en el que consten los períodos de adscripción, así como los justificantes de estar al corriente de pago de las cuotas colegiales.
- d) Las declaraciones trimestrales de IVA e IRPF.
- e) Una declaración jurada con descripción del contenido de las actividades efectuadas al amparo del artículo del artículo 69 de la Ley 39/2015¹⁵ de 1 de

¹⁴ Determinadas profesiones como los arquitectos y abogados pueden cotizar en unas mutuas alternativas al régimen de la Seguridad Social, con las que financian las prestaciones que posteriormente pudieren recibir.

¹⁵ **Artículo 69. Declaración responsable y comunicación.**

1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que éste manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.

Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable. Las Administraciones podrán requerir en cualquier momento que se aporte la documentación que acredite el cumplimiento de los mencionados requisitos y el interesado deberá aportarla.

.....

octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Aunque es cierto que la declaración responsable está más bien encaminada a la simplificación de determinados trámites administrativos, no podemos olvidar que el artículo 69 mencionado, establece que la declaración responsable es un documento lícito y válido legalmente para obtener el reconocimiento de un derecho. En consecuencia, si el derecho al que se pretende acceder es la acreditación de unos determinados méritos profesionales, la declaración responsable debe ser considerada válida a tales efectos. De hecho, no son pocos los concursos o concursos – oposición que entre la documentación a presentar por parte de los aspirantes adjuntan en sus anexos de las Bases un modelo de declaración responsable que contemple determinados requisitos que deban ser cumplidos. Por lo tanto, la declaración responsable legitima al declarante en sus manifestaciones, sin perjuicio de las comprobaciones que pueda efectuar la administración.

- f) Aportación de facturas por trabajos realizados durante su período de actividad que describan las tareas en las que el autónomo haya intervenido.

Estos son los documentos de los que dispone el trabajador autónomo para poder demostrar las tareas desempeñadas. Aun así, tal y como decíamos, no son pocas las ocasiones en las que el aspirante al acceso a la función pública ha tenido que acudir al amparo de los tribunales para hacer valer sus derechos al no haber tenido en cuenta el tribunal calificador sus méritos profesionales por considerar que los elementos de demostración no han resultado suficientes en contrapartida a los que pueda acreditar un aspirante trabajador por cuenta ajena.

Veamos a título de ejemplo los extractos de las siguientes sentencias, en las que se trata el asunto en cuestión en la línea de lo antedicho y en las que se admite la petición del autónomo agraviado.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Contencioso Administrativo) nº 205/2015 de fecha 24 de noviembre de 2015.

“...Se somete a la consideración de la Sala en esta ocasión, por la vía del recurso de apelación, la Sentencia nº 88/15 dictada por el Magistrado del Juzgado nº 1 de Mérida, en sus autos PA 40/2015, que estima en parte el recurso interpuesto por el hoy apelado contra la Resolución del Director Gerente del Servicio Extremeño de Salud (en adelante SES), de fecha 05/12/2014, por la que se hacía pública la relación de aprobados del proceso selectivo convocado mediante Resolución de 13/06/2011 para el acceso a la condición de Personal Estatutario fijo en plazas de Licenciados Sanitarios, en la

3. Las declaraciones responsables y las comunicaciones permitirán, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas.

categoría de odontoestomatólogo del Área de Atención Primaria en las Instituciones Sanitarias del SES. En concreto, la sentencia declara que le deben ser computados, en el apartado de EXPERIENCIA PROFESIONAL, el tiempo de servicios prestados en Centro Sanitario Privado como odontoestomatólogo en régimen de autónomo... ”.

“....En ningún caso, presenta el interesado documento alguno que acredite la existencia de un contrato de trabajo que permita valorar que este mérito es contrario a derecho esgrimiendo para ello, mutatis mutandi, la doctrina sentada en nuestra Sentencia de 19/02/2015 que se puede resumir diciendo que “El hecho de haber estado vinculado durante ese tiempo por contrato laboral, interinidad, eventualidad, etc., es una cuestión que nada afecta a la categoría realmente desempeñada ni a las funciones que se han desarrollado”, con el consiguiente argumentario: “lo ilógico de la propuesta interpretativa de la Administración estaría en el hecho de que si el recurrente autónomo hubiera contratado laboralmente a otro odontólogo para su consulta, con el que hubiera estado realizando el mismo trabajo para un mismo tiempo, a éste se le computaría la experiencia y el autónomo que lo contrató resultaría penalizado al no valorársele la experiencia. Por último, cabe indicar que el recurrente no está limitado a su legitimación para formular este recurso como consecuencia de no haber impugnado en su día las Bases, y ello, porque el mismo no se plantea como un recurso contra las mismas, sino como un recurso dirigido contra su vulneración sobre la base de una integración interpretativa de dichas Bases... ”.

“...Así las cosas, cuando la administración decide comenzar un proceso selectivo como el que nos ocupa, sin duda se representó, o debió hacerlo, que alguno de los candidatos iba a esgrimir experiencia profesional adquirida como trabajador autónomo, como así ocurrió. Y sin embargo, en ningún momento se hizo constar en la Base cuestionada, expresamente que quedaba excluida de cómputo la experiencia profesional adquirida de un modo distinto a la derivada de trabajo regulado por contrato laboral regido por el Estatuto de los Trabajadores.... ”.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 23 de marzo de 2015 (Rec. 158/2011).

“...En segundo lugar, en el Baremo se puntúa la experiencia profesional; y no encontramos motivo alguno en las Bases para descartar la adquirida como autónomo, sin que sirva de argumento para justificar la exclusión que se debe acreditar la experiencia con informe de vida laboral y contratos; esto es que, al exigir el contrato, la Universidad de Granada ha decidido que sólo se valora la experiencia por cuenta ajena. Si esa hubiera sido la voluntad de la Universidad de Granada, hubiera podido incluir en las Bases de forma expresa que no se computa la experiencia como autónomo, siendo ésta una forma más clara y directa. Si no lo ha expresado en estos términos debemos concluir que sí admite la experiencia como autónomo... ”.

“....En este sentido, las bases confusas deben de regir su interpretación teniendo como norte el artículo 23.2 de la Constitución Española, como indica la jurisprudencia, valga por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2013, al indicar que “debe también subrayarse que la interpretación más favorable a su efectividad que ha de regir en materia de derechos fundamentales impone que las exigencias formales de cualquier convocatoria de acceso a la función pública no sean aplicadas más allá de lo que son sus

concretos límites, ni les sean atribuidas, mediante aplicaciones extensivas o interpretaciones injustificadamente rigoristas, una consecuencia tan grave como lo es la exclusión del proceso selectivo, pues con esos criterios hermenéuticos se obstaculiza el derecho de acceso a la función pública...”.

“.....Y en el presente proceso es más favorable a la efectividad del derecho fundamental del acceso a la función pública, el contenido material de la experiencia, que la interpretación rigorista de exigir contratos a autónomos o cooperativistas, pues a éstos se les estaría vaciando el contenido de derecho por lo accesorio, la acreditación que no por lo esencial, la experiencia. La Universidad de Granada, además de no aplicar el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, es la única responsable de la situación creada por la redacción dada a las Bases, unas Bases que dejan sin sustrato probatorio determinadas formas de adquirir la experiencia que se exige, por lo que hemos de inclinar la valoración de documentos e interpretación de Bases en el sentido más favorable para la recurrente, acordando su cómputo...”.

Afortunadamente las dos sentencias reseñadas tuvieron en cuenta los méritos acreditados como autónomo a la hora de ser computados en el proceso de selección.

La primera de ellas recalca un extremo muy ejemplificativo, como es el que el hecho de que un autónomo que contratara como empleado a otro profesional que realizara sus mismas labores pudiera verse seriamente perjudicado por la imposibilidad de demostrar su experiencia profesional frente al que contrató y muy posiblemente formó. Carece de total sentido que el primero se hallare en desventaja frente al segundo, sólo por el hecho de que éste gozara de un contrato de trabajo.

De la segunda sentencia merece la pena recalcar su búsqueda del perfil idóneo del contratado, interpretando las bases del concurso en el sentido más favorable para el afectado por la injusticia.

V.- CONCLUSIONES.

En abstracto, los principios reguladores del acceso a la función pública son idílicos y ciertamente abarcan todos los aspectos que realmente deberían tenerse en cuenta en el momento que cualquier ciudadano aspirara a presentarse a un proceso de selección de personal al servicio de las administraciones públicas.

Ahora bien, el problema deviene en el momento en el que esos principios son interpretados por aquellos miembros de un tribunal calificador, que como seres imperfectos que son (igual que todos), bien por error en algunos casos, bien intencionadamente por interés en algún candidato especial utilicen los principios reguladores de forma subjetiva para favorecer al aspirante predeterminado.

Si ése es el caso, las consecuencias para el interesado afectado van a ser el tener que entrar en un bucle de impugnaciones en vía administrativa en primer lugar y en vía judicial a continuación. Y todo ello con pocas posibilidades de éxito, habida cuenta de que como hemos visto, la jurisprudencia es bastante reticente a la hora de entrar a supervisar las

valoraciones del juicio técnico del tribunal, centrándose mayoritariamente en el control de la legalidad del procedimiento de contratación.

A mi modo de entender, la intervención de los Juzgados y Tribunales de Justicia es muy limitada e insuficiente. Por desgracia, el acceso a la función pública ha venido siendo utilizado por los que en cada momento están en el poder, independientemente del color político, como un mecanismo clientelar, facilitando la entrada a un puesto de trabajo con unas condiciones tanto laborales como económicas, que en momentos donde la actividad privada se ha visto altamente perjudicada, resultan especialmente jugosos.

Los mecanismos para su consecución no son pocos. Al margen de las eventuales manipulaciones que se puedan producir por parte de aquellos órganos decisorios al infringir las reglas de los procedimientos de contratación, está la creación de órganos con un control menos riguroso que dan cabida a todo este tipo de irregularidades, las cuales no deberían ser permitidas bajo ningún concepto.

Al fin y al cabo, aquellos que están al frente de las instituciones, manejan los fondos públicos y los intereses de los contribuyentes. Y por ese motivo, deberían buscar lo mejor para todos. Y entre lo mejor, deberían estar los candidatos más idóneos por experiencia académica y profesional, con independencia de sus ideas políticas o lazos familiares o de amistad.

Evidentemente lo anterior puede resultar utópico y muy posiblemente lo sea. No obstante, si en lugar de restringir los márgenes de libertad de las decisiones de los miembros de los tribunales calificadoros se les concede amparo legal y escasa supervisión de las decisiones tomadas por éstos en cierto modo se alimenta esa forma de proceder.

Los procesos de selección de personal al servicio de cualquier organismo participado deberían ser estrictamente rigurosos. En primer lugar, las Bases de cualquier procedimiento de selección deberían ser lo más detalladas posibles de tal forma que la interpretación quedara reducida a la más mínima expresión. Si se fijaran unos protocolos de actuación en cuanto a la corrección de los exámenes, la puntuación de los méritos académicos, profesionales, etc., de un modo riguroso y exhaustivo, los márgenes de maniobrabilidad por parte de los miembros evaluadores serían los justos.

En segundo lugar, el incumplimiento por parte de aquel miembro de cualquier tribunal calificador de las reglas de un proceso de selección debería conllevar unas consecuencias y unas responsabilidades realmente gravosas para dicha persona, de tal forma que no cayera en la tentación de evadirlas. Con las mismas consecuencias debería pechar el aspirante manipulador.

En tercer lugar, se debería dar más posibilidad de supervisión de las decisiones de las mesas de contratación a los jueces y tribunales, no limitándose a la mayor parte de los casos al control de legalidad y en contadas excepciones al juicio técnico. Los jueces deberían nombrar de forma más habitual a un equipo pericial independiente que ratificara o no las decisiones tomadas por el tribunal calificador.

En cuarto lugar y a colación de lo anterior, y con la finalidad de evitar una mayor saturación de unos juzgados ya de por sí colapsados, imponer las costas de forma sistemática a aquel aspirante que litigara con mala fe, de tal forma que aquel que acudiera a reclamar, lo hiciera con la certeza de que ha sido agraviado.

Si no se produce un cambio real del sistema de acceso a la función pública, las injusticias van a seguir produciéndose. Injusticias que se ven agravadas especialmente en aquellos supuestos, como el del autónomo que, por la propia configuración de su figura, tiene mayores dificultades a la hora de acreditar sus méritos profesionales en los concursos.

El no efectuar un cambio ocasiona el perjuicio de todos, ya que el dinero público debe servir para pagar a las personas idóneas para cada cargo sin tener la posibilidad de justificar la incorrección en principios legales y/o jurisprudenciales¹⁶.

VI.- BIBLIOGRAFÍA.

ARROYO YANES, L.M. “La carrera administrativa de los funcionarios públicos”. Valencia, 1994.

BACIGALUPO, M. “Discrecionalidad, conceptos jurídicos indeterminados y motivación de las decisiones administrativas”. Sevilla, 2003.

BAUZÁ MARTORELL, F.J. “La desadministración pública”. Madrid, 2001.

CASTILLO BLANCO, F.A. “El control del ejercicio de la discrecionalidad en materia de oposiciones y concursos”. Sevilla, 2003.

CHAVES GARCÍA, J.R. “Control de concursos y oposiciones en la jurisprudencia”. Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ DELPUECH, LUCÍA. “Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público” Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS - RAMÓN: “Curso de Derecho Administrativo I”. Editorial Civitas, 2020”.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS - RAMÓN: “Curso de Derecho Administrativo II”. Editorial Civitas, 2020”.

¹⁶ Merece la pena resaltar las palabras del Profesor García de Enterría, quien reprodujo a su vez las de Alexis de Tocqueville:

“Es de la esencia del poder judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir complacidamente sus miradas sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista; es también de la esencia de ese poder, sino acudir por sí mismo en auxilio de aquellos que son oprimidos, estar sin desmayo a la disposición del más humilde. Por débil que se le suponga a éste, puede siempre reforzar al juez a escuchar su reclamación y a responder a ella”. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO.: “La Lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (“poderes discrecionales, poderes del gobierno, poderes normativos)”. Madrid 1962.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: “La Lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (“poderes discrecionales, poderes del gobierno, poderes normativos)”. Madrid 1962.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, ERNESTO. “Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública”. RAP, 1990.

JEREZ DELGADO, CARMEN. “Publicidad de las normas y técnica legislativa en la sociedad de la información”.

MARTÍN MORENO, J.L. “El control de las oposiciones y concursos en el estado constitucional”. Granada, 2007.

OLLERO TASSARA, ANDRÉS. “La Igualdad en la aplicación de la ley en la doctrina del Tribunal Constitucional”. Tribunal Constitucional, Madrid.

PALMA FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS. “La seguridad jurídica ante la abundancia de normas”. Madrid 1997.

PALOMAR ALBERTO y FUERTES, JAVIER. “Principios a los que se somete la administración pública”. Base de Datos Vlex.

SACRISTÁN ROMERO, FRANCISCO. “El Efecto de la publicidad en la norma”.

SAINZ MORENO, FERNANDO. “La Publicidad de las normas en la protección jurídica del ciudadano”. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez. Madrid, 1993.

VALIÑA MARTÍNEZ, M^a TERESA. “Acceso a la función pública y discrecionalidad técnica”. Trabajo Fin de Grado. Universidad de Cantabria. 2016-2017.

JURISPRUDENCIA:

Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 39/1983 de 16 de mayo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección2^a). Sentencia de 5 de octubre. RJ 1989\6848

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 97/1993 de 22 marzo.

Audiencia Nacional. Sentencia de 19 enero de 1998. RJCA 1998\1080

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 86/2004 de 10 mayo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1^a). Sentencia de 29 mayo de 2006. RJ 2006\3053

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección7^a). Sentencia de 10 de mayo de 2007. RJ 2007\5833

Tribunal Supremo. (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) Sentencia de 1 abril de 2009. RJ 2009\3728

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª). Sentencia de 31 julio de 2014. RJ 2014\4943

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 23 de marzo de 2015 (Rec. 158/2011).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 24 de marzo de 2015. RJ 2014/1053.

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Contencioso Administrativo) nº 205/2015 de 24 de noviembre de 2015.

Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 8 de julio de 2019. RJ 2018/377.