

Expte.

DI-438/2019-2

**EXCMA. SRA. CONSEJERA DE
EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE
AVENIDA RANILLAS, 5 D
50018 Zaragoza
Zaragoza**

ASUNTO: Sugerencia relativa a la provisión accidental de Inspectores de Educación.

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- En esta Institución, se registró una queja en la que se exponía lo que, a continuación, se reproduce:

«PRIMERO.- La base decimotercera de la Orden ECD/1391/2018, de 27 de agosto, establece que los aspirantes admitidos al concurso-oposición que no superen el proceso selectivo pasarán a formar parte de la lista para el desempeño temporal de puestos de trabajo del Cuerpo de Inspectores, de conformidad con la Orden ECD/1334/2018, de 31 de julio, por la que se desarrolla el procedimiento de provisión temporal de puestos de trabajo del Cuerpo de Inspectores de Educación por funcionariado docente no universitario, cuando cumplan los siguientes requisitos indicados en la Orden ECD/1391/2018, de 27 de agosto: a) haberlo solicitado expresamente en la instancia de admisión al concurso-oposición; b) no haber superado el proceso selectivo; c) haberse presentado a las tres partes de la prueba de fase de oposición habiendo obtenido una calificación global ponderada de 3,5 puntos.

SEGUNDO.- Que una vez finalizado el proceso selectivo, he cumplido

los requisitos y, por ello, me encuentro en la lista de desempeño temporal de puestos de trabajo de inspectores accidentales de Aragón (ANEXO 1).

TERCERO.- El artículo 14. 3 Orden ECD/1334/2018, de 31 de julio, establece que únicamente podrá asignarse una vacante de provisión temporal a los funcionarios docentes que tengan un destino en la Comunidad Autónoma de Aragón y no tuvieran adjudicado otro puesto de Inspector de Educación en comisión de servicios.

CUARTO.- Es cierto que para la formación de dichas listas de aspirantes no se exige tal requisito a los docentes, que pueden incorporarse a las mismas como resultado de participación en el concurso-oposición que, obviamente, no se encuentra restringido a docentes con destino en Aragón. Pero lo que claramente se deduce del artículo 14.3 es no pueden acceder a las vacantes pese haber sido admitidos a dichas listas e incluso al concurso-oposición. Asimismo, en la citada normativa solo se cita el acceso a vacantes temporales, sin embargo, no parece excluir la posibilidad de que los aspirantes con destino docente en otras Comunidades puedan ejercer sustituciones dentro de los servicios de inspección. Tal redacción del artículo 14.3 ECD/1391/2018, de 27 de agosto, vulnera el derecho fundamental de acceso a la función pública bajo condiciones de igualdad, mérito y capacidad.

QUINTO.- En la respuesta realizada por la Jefa de Servicio de relaciones jurídicas, provisión y gestión de personal del Departamento de Educación, Cultura y Deportes, en fecha de 1 de febrero de 2019 tras la reclamación presentada por el interesado contra la lista provisional el día 23 de enero de 2019, establece que el hecho causante de dicha medida normativa es 'evitar los problemas que pudieran ocasionar en la Administración del aspirante' (Anexo 2). Esta circunstancia es insólita, ya que se advierte de una situación que no se da en la Administración del interesado, dando lugar a una lesión de sus derechos frente a cualquier medida de carácter preventivo, pro parte de la Administración educativa

aragonesa.

SEXTO.- En diferentes convocatorias realizadas recientemente en la Administración educativa de Aragón no se ha exigido este requisito para nombrar a funcionarios de otras Administraciones educativas en comisión de servicio, tales como:

RESOLUCIÓN de 8 de febrero de 2018, del Director General de Personal y Formación del Profesorado, por la que se convoca la provisión en régimen de comisión de servicios, de asesorías vacantes de formación del profesorado en los Centros de Innovación y Formación Educativa del Departamento de Educación, Cultura y Deporte de la Comunidad Autónoma de Aragón para el curso 2018/2019 (BOA 16/02/2018).

RESOLUCIÓN de 28 de mayo de 2018 del director general de personal y formación del profesorado, del departamento de educación, cultura y deporte, por la que se convoca concurso de méritos para la provisión, en régimen de comisión de servicios, de una plaza de educación primaria en el aula de Olba perteneciente al CRA de Javalambre.

RESOLUCIÓN de 28 de junio de 2018 del director general de personal y formación del profesorado por la que se convoca concurso de méritos para la provisión de plazas en comisión de servicios en institutos de educación secundaria acogidos a un programa de bilingüismo español-francés, español-alemán o al brit-Aragón español-inglés para el curso 2018-2019.

RESOLUCIÓN de 10 de septiembre de 2018, del director general de personal y formación del profesorado del departamento de educación, cultura y deporte, por la que se convoca la provisión, en régimen de comisión de servicios, de plazas para el conservatorio superior de música de Aragón.

Por todo ello, se denota una argumentación muy incoherente, generando una considerable lesión del derecho al acceso a un puesto de

trabajo en condiciones de igualdad, capacidad y mérito para los funcionarios de otras comunidades autónomas que optamos a un puesto de trabajo de inspector de educación accidental en la Comunidad de Aragón.»

SEGUNDO.- Admitida a supervisión la anterior queja, se acordó solicitar la oportuna información a la Administración, que, de modo diligente, ha remitido el informe siguiente:

“La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, regula en su título VII la Inspección del sistema educativo, estableciéndose en el Capítulo II las diversas funciones que debe realizar la inspección educativa, el ejercicio de esta por las Administraciones educativas, así como la atribución y organización de los inspectores de educación.

El Decreto 32/2018, de 20 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la Inspección de Educación de la Comunidad Autónoma de Aragón, establece, conforme a la normativa básica estatal vigente, el sistema de acceso y provisión de puestos de trabajo en el Cuerpo de Inspectores de Educación en la Comunidad Autónoma de Aragón.

En el artículo 25 dispone que, para la provisión temporal de puestos de trabajo de la Inspección de Educación, con carácter accidental, en comisión de servicios, los aspirantes admitidos al último concurso-oposición al Cuerpo de Inspectores de Educación celebrado que no superen el proceso selectivo, podrán formar parte de la lista de aspirantes para dicho desempeño temporal, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones de aplicación y desarrollo del decreto y en la correspondiente convocatoria. En el citado artículo se indica, además, que la lista de aspirantes se ordenará según la puntuación final obtenida en el concurso-oposición.

Asimismo, en su último párrafo el artículo 25 determina que,

conforme a lo establecido por el Departamento con competencias en materia de educación no universitaria, en el caso de que se agotara dicha lista, las vacantes producidas se cubrirán por funcionarios docentes, en comisión de servicios, atendiendo a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, mediante una convocatoria de ampliación de lista.

La normativa hasta ahora vigente en cuanto a provisión temporal de puestos de trabajo de Inspector de Educación era la Orden de 17 de julio de 2013, de la Consejera de Educación, Universidad, Cultura y Deporte, por la que se desarrolla el procedimiento de provisión temporal de puestos de trabajo del Cuerpo de Inspectores de Educación por funcionarios docentes no universitarios.

La actual norma que regula el procedimiento es la Orden ECD/1334/2018, de 31 de julio, por la que se desarrolla el procedimiento de provisión temporal de puestos de trabajo del Cuerpo de Inspectores de Educación por funcionariado docente no universitario de la Comunidad Autónoma de Aragón, donde en el artículo 4 se regula la formación de la lista derivada de la participación en el concurso-oposición.

Esta orden señala que los opositores que hayan participado en el concurso-oposición pasarán a formar parte de la lista de carácter autonómico de aspirantes para el desempeño temporal de puestos de trabajo del Cuerpo de Inspectores, cuando cumplan los siguientes requisitos:

a.- No haber superado el proceso selectivo.

b.- Haberlo solicitado expresamente en la instancia de admisión al concurso-oposición.

c.- Haberse presentado a las tres partes de la prueba de la fase de oposición y haber obtenido una calificación global ponderada de 3, 5 puntos como mínimo en dicha fase.

En el caso de que el aspirante hubiera participado en el concurso-oposición inmediato anterior al proceso selectivo convocado por la Administración educativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, obteniendo en la fase de oposición una calificación global ponderada igual o superior a 3,5 puntos y habiéndose presentado a las tres partes de la prueba, se contabilizará, a efectos de conformación de la lista, la superior de las dos calificaciones obtenidas en ambos procesos selectivos.

La lista que se configure se organizará en los siguientes bloques con el orden de preferencia que se indica:

a.- Bloque A: integrado por los aspirantes que han superado todas las pruebas de la fase de oposición, pero no obtienen plaza.

b.- Bloque B: integrado por los aspirantes que, habiendo obtenido una calificación de 3.5 o superior en la fase de oposición, han superado dos pruebas de esta fase, una de ellas necesariamente la prueba correspondiente al análisis de un caso práctico.

c.- Bloque C: integrado por el resto de aspirantes que hayan obtenido una calificación de 3.5 o superior en la fase de oposición.

El orden de prelación dentro de cada uno de los bloques de la lista vendrá dado por la puntuación agregada de la fase de oposición y de la fase de concurso, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 4.1 c) de la citada Orden. Como criterios de desempate se aplicarán los que se establezcan en la orden del proceso selectivo convocado.

(...)

Únicamente podrá asignarse una vacante de provisión temporal a los funcionarios docentes que tengan destino en la Comunidad Autónoma de Aragón y no tuvieran adjudicado otro puesto de Inspector de Educación en comisión de servicios. La asignación de vacante se publicará en la página

web del Departamento de Educación, Cultura y Deporte (www.educaragon.org).

Del mismo modo, la Orden ECD/1391/2018, de 27 de agosto, por la que se convoca procedimiento selectivo de ingreso al Cuerpo de Inspectores de Educación en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, en la base decimotercera establece que '...únicamente podrá asignarse una vacante de provisión temporal a los funcionarios docentes que tengan destino en la Comunidad Autónoma de Aragón y no tuvieran adjudicado otro puesto de Inspector de Educación en comisión de servicios'.

La provisión temporal de puestos de Inspección de Educación afecta a funcionariado docente de carrera adscrito a una Administración educativa. El acceso temporal a puestos de Inspección de Educación, cuando esa Administración educativa es distinta a la de la Comunidad Autónoma de Aragón, supone detraer en la primera, y dejar en situación de provisionalidad, el puesto que ocupara el aspirante.

La Orden, publicada en el Boletín Oficial de 14 de agosto de 2018, no ha sido recurrida, por lo que sus preceptos son firmes.

Por otra parte, la Orden ECD/1391/2018, de 27 de agosto, por la que se convoca procedimiento selectivo de Ingreso al Cuerpo de Inspectores de Educación en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, tampoco se ha recurrido por lo que su contenido es firme.

Las bases de cualquier convocatoria de acceso a la función pública son la ley del concurso y vinculan no solo a la Administración y a los aspirantes, sino también a los tribunales de selección, como ha establecido en numerosas ocasiones la jurisprudencia (ej., STS 7ª, 22-5-2012, RC 2574/2011). Ahora bien, en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, se señala que debido a la parquedad del Estatuto Básico del Empleado Público, las bases de la convocatoria vienen ordenando

el proceso selectivo con un considerable grado de discrecionalidad, permitiendo a la Administración convocante condicionar en gran medida el resultado del proceso: determinación de los requisitos de capacidad para participar en el procedimiento, elección del sistema de selección, determinación de las pruebas, temarios y méritos a valorar, del sistema de calificación y puntuación mínima de cada prueba, o de la composición del órgano de selección, entre otras.

En la medida en que las dos citadas Órdenes no han sido recurridas dentro (de) los plazos que se establecen al efecto, su contenido vincula tanto a la Administración educativa como a los administrados, siendo, por tanto, de obligado cumplimiento”.

CONSIDERACIÓN JURÍDICA

ÚNICA.- En la queja que se ha formulado por el ciudadano se considera que, una disposición autonómica (en concreto, el art. 14.3 de la Orden ECD/1334/2018, de 31 de julio, por la que se desarrolla el procedimiento de provisión temporal de puestos de trabajo del Cuerpo de Inspectores de Educación por funcionariado docente no universitario de la Comunidad Autónoma de Aragón), resulta contraria al art. 23 de texto constitucional, en la medida que impide obtener una comisión de servicios a quien no presta servicios en la Administración educativa aragonesa. En este sentido, se entiende que la justificación expuesta por la Administración, relacionada con el objetivo de no causar perjuicios a la Administración de origen, carece de razonabilidad, como se demuestra, según su razonamiento, por el hecho de que existan convocatorias del Departamento en cuestión -que se citan en la queja- en las que se permite su participación a funcionarios que prestan servicios en otras Comunidades Autónomas.

Ciertamente, y a pesar del carácter parcialmente discrecional de la potestad autonómica en materia de organización administrativa, debe aceptarse que la queja en cuestión presenta cierto fundamento. En efecto,

desde la perspectiva del control de las potestades discrecionales, en función de los principios generales del Derecho o de la razonabilidad de actuación administrativa, podría resultar cuestionable que se admitiera la presentación de solicitudes a funcionarios de otras Comunidades Autónomas en unos casos y no en otros, salvo que existieran justificaciones específicas, en función de motivadas necesidades de servicio. En este sentido, debe subrayarse que el art. 23 del Decreto 32/2018, de 20 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la Inspección de Educación de la Comunidad Autónoma de Aragón, establece como mérito preferente para el acceso a este Cuerpo, entre otros, haber ejercido como inspector accidental, lo que permite comprobar la trascendencia de prestar servicios, con carácter accidental, como inspector de educación de cara a conseguir el acceso a dicho cuerpo funcional.

Con todo, desde esta Institución, y teniendo en cuenta también sus competencias para la Tutela del Ordenamiento Jurídico Aragonés (arts. 30 y siguientes de la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón), se quiere llamar la atención de la Administración autonómica sobre la concurrencia de una posible extralimitación en lo previsto en la Orden precitada y cuestionada por el ciudadano.

En efecto, debe partirse de lo contemplado en el Decreto 32/2018, de 20 de febrero, ya citado. En concreto, ha de recogerse lo dispuesto en su art. 25, que dice así:

«1.- El Departamento con competencias en materia de educación no universitaria convocará concursos de traslados para funcionarios del Cuerpo de Inspectores de Educación con la misma periodicidad que para el resto de los cuerpos docentes.

Dichos concursos se atenderán a lo establecido en las normas básicas reguladoras de los concursos de traslados para la provisión de puestos de trabajo para funcionarios de los cuerpos docentes.

2.- Para la provisión temporal de puestos de trabajo de la Inspección de Educación, con carácter accidental, en comisión de servicios, los aspirantes admitidos al último concurso-oposición al Cuerpo de Inspectores de Educación celebrado, que no superen el proceso selectivo, podrán formar parte de la lista de aspirantes para dicho desempeño temporal, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones de aplicación y desarrollo del presente decreto y en la correspondiente convocatoria.

La lista de aspirantes se ordenará según la puntuación final obtenida en el concurso-oposición.

Conforme a lo establecido por el Departamento con competencias en materia de educación no universitaria, en el caso de que se agotara dicha lista, las vacantes producidas se cubrirán por funcionarios docentes, en comisión de servicios, atendiendo a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, mediante una convocatoria de ampliación de listas.»

Nótese, por tanto, que, en el precepto transcrito, no se exige la necesidad de prestar servicios docentes en la Administración educativa, como sí hace la Orden ECD/1334/2018, de 31 de julio, ya reseñada, en cuyo art. 14.3 se prescribe:

«3.- Únicamente podrá asignarse una vacante de provisión temporal a los funcionarios docentes que tengan destino en la Comunidad Autónoma de Aragón y no tuvieran adjudicado otro puesto de Inspector de Educación en comisión de servicios. La asignación de la vacante se publicará en la página web del Departamento de Educación, Cultura y Deporte (www.educaragon.org).»

Desde esta Institución, se considera que pudiera existir una cierta extralimitación en la Orden de constante referencia, en cuanto a la exigencia

de la integración en la Administración educativa aragonesa, toda vez que, en la norma de superior rango, no se contempla tal requerimiento. Es verdad que el art. 25 del Decreto 32/2018 establece una remisión a las disposiciones de desarrollo de dicha norma, a la hora de establecer la regulación de la provisión temporal de puestos de trabajo de la Inspección, pero parece muy dudoso que, a través de una reglamentación aprobada por un Consejero (en este caso, por la Sra. Consejera de Educación, Cultura y Deporte), se pueda incorporar un requisito tan trascendente que no estuviera previsto en el Decreto 32/2018, aprobado por el superior órgano colegiado de gobierno, esto es, el Gobierno de Aragón.

Siendo esto así, y dejando a salvo naturalmente lo que pudieran determinar los Tribunales de Justicia, cabría sugerir que no se tenga en cuenta tal requisito (de acuerdo con el principio de jerarquía normativa, previsto en el art. 9 de la Constitución y en el art. 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) o que, en su caso, se proceda a estudiar la eliminación del requisito de tener destino en la Comunidad Autónoma de Aragón dispuesto en el art. 14.3 de la Orden ECD/1334/2018, con vistas a su acomodación al Decreto 32/2018 (sugerencia que se efectúa en aplicación del art. 22 de la Ley reguladora del Justicia de Aragón).

A estos efectos, pueden reseñarse algunos precedentes jurisprudenciales que han asumido la vigencia del principio de jerarquía normativa, como ocurre en las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1991 y de 23 de septiembre de 2005, en las que fueron inaplicadas órdenes ministeriales por extralimitarse de lo previsto en los reglamentos aprobados por el Gobierno de España.

RESOLUCIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto, y en virtud de las facultades que me confiere la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón, me permito sugerir al Departamento de Educación, Cultura y Deporte que valore la posibilidad de no exigir la condición de funcionario docente con destino en la Comunidad Autónoma de Aragón para ocupar comisiones de servicio de puestos asignados al Cuerpo de Inspectores de Educación (en función de la incidencia que pueden tener el derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad y el principio constitucional de jerarquía normativa) o, en su caso, que estudie la posibilidad de eliminar de la Orden ECD/1334/2018, de 31 de julio, el requisito por el que se exige ostentar la condición de funcionario docente en la Comunidad Autónoma de Aragón.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que en un plazo no superior a un mes me comuniquen si acepta o no las Sugerencias formuladas, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

Zaragoza, a 30 de julio de 2019

JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA

LUGARTENIENTE DEL JUSTICIA

(P.A. Art. 39.2 Ley Reguladora del Justicia de Aragón)